

개정 신탁법상 사업신탁에 대한 소고*

Business Trust under the Revised Trust Act of 2012 in Korea

최 승 재**
Choi, Sung-Jai

목 차

- | | |
|--------------|------------------------|
| I. 서 론 | III. 신탁법을 고려한 사업신탁의 활용 |
| II. 사업신탁의 의의 | IV. 결 론 |

2012년부터 시행되고 있는 개정신탁법은 사업신탁이라는 새로운 유형의 신탁을 허용하였다. 2006년 일본 신탁법의 영향을 받은 우리 개정신탁법은 자기신탁(신탁선언에 의한 신탁)의 도입과 같은 주목할 만한 개정을 하였지만 기업형태의 신탁이라는 관점에서 가장 주목할 만한 개정은 사업신탁이라고 본다.

그런데 실제 예시된 사업신탁유형인 유한책임신탁을 포함한 사업신탁은 실무상 그리 활용되지 못하고 있다. 이유는 여러 가지가 있겠지만 자본시장법이 신탁업을 규율하고 있는데 이런 유형의 사업신탁을 활용할 의사가 있는 주요 마켓 플레이어의 하나인 신탁업을 영위하는 금융투자업자가 자본시장법의 개정이 뒤따라 이루어지지 않음으로 인해서 발생하는 문제일 수도 있고 2012년 회사법이 유한책임회사의 도입 외에도 회사제도의 유연화를 이루었다는 점도 있을 수 있다. 또 법률문화라는 면에서 신탁제도가 회사제도에 비해서 생경하다는 점도 있을 것이다.

그러나 미국과 일본의 예에서 보는 것처럼 신탁제도는 회사제도와 비교하여 사업신탁의 면에서도 분명한 장점이 있는 제도이므로 이에 대한 연구와 실무적인 뒷받침을 지속적으로 할 필요가 있다. 이를 통해서 일본에서 논의되는 것과 같은 사업자체신탁과 사업형신

투고일 : 2014. 12. 23. / 심사외뢰일 : 2015. 1. 13. / 게재확정일 : 2015. 2. 3.

* 본고는 2014년 2월 건국대학교에서 개최된 학술대회에서 발표된 논문입니다. 제시한 의견은 필자의 개인적인 의견임을 밝힙니다.

** 대법원 재판연구관, 前 김·장 법률사무소 변호사, 법학박사.

Judicial Research Judge/Officer, Attorney at Law, Ph.D at Law Former Lawyer at Law Office
Kim & Chang, Adjunct professor of Hanyang University Law School

탁, 사업운용형신탁과 자금조달형신탁 등을 자기신탁과 결합하거나 신탁수익권형이나 지분형, 분배청구권형 등으로 다양하게 활용할 수 있다면 향후 신탁법은 우리 경제에 긍정적인 기반구조로서 기능할 수 있을 것으로 본다.

[주제어] 사업신탁, 유한책임신탁, 표준신탁법인법, 통일신탁법, 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률, 자기신탁, STAC

I. 서 론

회사란 무엇인가. 회사란 사업을 하기 위한 수단 내지 도구라고 본다. 회사를 투자도구라고 본다면, 회사란 반드시 회사법에 존재하여야 할 이유도, 회사법이 허용하는 형식이어야 할 필요적인 이유도 없다. 회사법이 허용하는 형식이 아니라고 하더라도 다양한 형식을 강구하며 자유로워질 필요도 있다. 현행법에서도 다양한 특별법을 통해서 실제 상법 회사편에서 제시하는 기업형태인 주식회사, 유한회사, 합명회사, 합자회사, 유한책임회사 외에 제시하는 기업형태가 다양하다.¹⁾

그러나 특별법을 제정하지 않고도, 상법 회사편²⁾이나 특별법들이 생각하고 있는 회사라는 것을 다른 법에서 인정하고 있는 제도를 활용하여 그와 같은 효과를 복제하면서도,³⁾ 회사법상 회사를 통하여 달성할 수 있는 제도가 있다면 그 제도는 투자기구로서의 회사로 역할과 기능을 수행할 수 있다. 이런 가능성이 개정 신탁법⁴⁾에 있다고 본다. 그 대표적인 모습이 유한책임신탁이고, 넓은 의미에서 사업신탁에 있다. 신탁법은 기본

- 1) 회사법에 새로 도입된 합자조합이나 유한책임회사와 같은 형태를 보더라도, 예를 들어 합자조합의 경우 이미 중소기업창업지원법의 투자조합이나 자본시장과 금융투자업에 관한 법률상의 실질적인 합자조합이 있었다.
- 2) 편의상 이하에서는 회사법이라고 한다. 경우에 따라서 본고에서의 회사법은 광의의 회사법으로서 상법 회사편과 특별법상 회사를 포함하는 용어로 사용하기도 한다.
- 3) 신탁은 (i) 도산적리효과(Insolvency Protection), (ii) 도관과세(Conduit Taxation), (iii) 신인관계(Fiduciary relationship), (iv) 설계상의 유연함(flexibility in Design) 등 4가지 특징을 가지고 있다고 한다(John H. Langbein, *The Secret Life of the Trust as an Instrument of Commerce*, 107 Yale L. J. 165, 1997, 8-10쪽). 이런 특징들은 신탁을 활용하면서 사업을 수행하는 경우 회사법상의 회사를 활용하는 것에 비하여 우위를 가질 수 있는 설계를 가능하게 할 수 있다고 본다.
- 4) 여기서 개정 신탁법이라고 하는 것은 법은 제정법이 아니면 개정이 되므로 어떤 개정을 특정하는 것인지가 명확하지 않아서 명칭상으로는 부자연스러운 면이 있다. 특정을 위하여 여기서의 개정 신탁법이라 함은 법률 제10924호로 2011. 7. 25. 개정되고 공포 후 1년 뒤에 시행된 개정법을 의미한다. 현행 신탁법은 2014. 1. 7. 시행된 법률 제12193호이다.

적으로 신탁을 사업의 형식으로 하는 것을 염두에 두었으며, 이러한 생각은 회사를 염두에 둔 것이라고 볼 수 있다.⁵⁾ 필자는 사업신탁이란 신탁으로 회사법상 회사를 복제하려고 하는 것이라고 이해한다. 이런 점에서 사업신탁은 이런 의미에서 회사법이 담아내지 못했던, 내지 담아낼 수 있지만 다른 용처로 활용할 수 있는 기업조직의 형태로 이용될 것이라고 생각한다. 미국의 경우 사업신탁은 1940년대에는 증권투자신탁으로서, 1960년대에는 부동산투자신탁으로서, 1980년대에는 자산유동화의 도구로서 이용되었다.⁶⁾ 신탁법상 명문화된 사업신탁의 대표적인 경우가 유한책임신탁이다(신탁법 제114조 이하)⁷⁾. 그 상위개념에서 사업신탁이라는 개념을 사용하여 이런 관점에서 신탁을 바라보고 활용하는 것에 대하여 논의하고자 하는 것이 본고이다.

II. 사업신탁의 의의

1. 개정신탁법과 사업신탁의 의의

개정 신탁법은 사업신탁이라는 용어를 사용하고 있지는 않다. 신탁법은 영업이라는 용어를 사용하고 있을 뿐 사업이라는 용어도 사용하고 있지 않다.⁸⁾ 이런 의미에서 영업

-
- 5) 관련하여 안성포, “기업유형으로서 상사신탁의 법적 쟁점”, 상사법연구 제32권 제2호(통권 제79호), 한국상사법학회, 2013. 8, 181-214쪽 참조.
- 6) 工藤聡一, ビジネス・トラスト法の研究, 新山社, 2007 5쪽.
- 7) 사업신탁은 영업신탁 중 유한책임신탁의 형태로 설정되는 신탁이라고 한정하여 동치하는 것은 타당하지 않다고 본다. 사업신탁은 상위의 메타개념(meta concept)이다. 미국과 같은 사업신탁법이 없는 우리나라에서 법문에 없는 용어인 사업신탁이라는 개념을 사용하는 것은 이런 점에서 실익이 있다.
- 8) 신탁법에 사업이라는 단어가 쓰이는 조문이 있지만, 이 조문이 사업신탁의 근거가 되는 것은 아니다. 유한책임신탁에 대한 신탁법 제117조 제2항 제2호는 사업연도라는 용어를 사용한다. 제117조(회계서류 작성의무) ① 유한책임신탁의 경우 수탁자는 다음 각 호의 서류를 작성하여야 한다.
1. 대차대조표
 2. 손익계산서
 3. 이익잉여금처분계산서나 결손금처리계산서
 4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 회계서류
- ② 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 유한책임신탁은 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」의 예에 따라 감사를 받아야 한다.
1. 수익증권발행신탁일 것
 2. 직전 사업연도 말의 신탁재산의 자산총액 또는 부채규모가 대통령령으로 정하는 기준 이상일 것

신탁이라는 용어를 사용하는 논자가 있다.⁹⁾ 사업신탁은 상사신탁의 한 유형으로 미국의 Business Trust¹⁰⁾로 이해하는 견해도 있다.¹¹⁾ 이하에서는 사업신탁이라는 용어를 영업신탁과 동일하거나 그 일부를 지칭하는 개념으로 사용하기로 한다. 왜냐하면 이는 영업신탁이라는 용어가 법문에서 영업이라는 용어를 사용하기는 하지만, 상사신탁을 의미하는 것으로 사용하였던 용례로 보아서 상사신탁이라는 개념의 분류가 굳이 실효성이 없다고 보는 필자의 관점에서는 굳이 사용하여야 할 용어는 아닌 것으로 보이고, 영업신탁은 “영업”이라는 개념소(概念素)에서 업(業)으로 반복적으로 수행하려고 하는 의사로 이를 행하는 것이라는 것을 의미하는 것으로 사업이라는 개념은 대부분 영업으로 이루어질 것이나 반드시 이에 국한되는 것은 아니라고 보이기 때문이다.

-
- 9) 안성포, 앞의 논문에서는 영업신탁이라는 용어를 사용하면서, 기업과 신탁의 연결점으로 영업신탁, 유한책임신탁, 수익증권발행신탁, 사채신탁을 들고 있다. 이런 견해는 신탁법의 용례와는 부합하는 주장이다. [아래 밑줄 필자] 다만, 같은 필자의 이전 다른 논문(안성포, “사업신탁의 도입을 위한 입법론적 검토”, 인권과정의 통권398호, 대한변호사협회, 2009. 10.)에서는 사업신탁이라는 용어를 사용하고 있음을 볼 수 있다. 법무부의 신탁법 해설서도 소위 ‘영업신탁’이라고 하면서 영업신탁이라는 용어를 사용한다. (법무부, 신탁법해설, 2012, 4쪽).
- 신탁법 제47조(보수청구권) ① 수탁자는 신탁행위에 정함이 있는 경우에만 보수를 받을 수 있다. 다만, 신탁을 영업으로 하는 수탁자의 경우에는 신탁행위에 정함이 없는 경우에도 보수를 받을 수 있다.
- ② 보수의 금액 또는 산정방법을 정하지 아니한 경우 수탁자는 신탁사무의 성질과 내용에 비추어 적당한 금액의 보수를 지급받을 수 있다.
- ③ 제1항의 보수가 사정의 변경으로 신탁사무의 성질 및 내용에 비추어 적당하지 아니하게 된 경우 법원은 위탁자, 수익자 또는 수탁자의 청구에 의하여 수탁자의 보수를 증액하거나 감액할 수 있다.
- ④ 수탁자의 보수에 관하여는 제46조제4항을 준용한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 사항이 있으면 그에 따른다.
- 10) 미국의 사업신탁은 보통법상 사업신탁으로 발전하다가, 성문화가 이루어지면서, 각주의 주법으로 발달하다가, Uniform Statutory Trust Entity Act(이하 “표준신탁법입법”이라 함)에 의해서 집대성되었다. 그러나 여전히 여러 법적 근거에 기초한 사업신탁이 병존하고 있다.
- 11) 김태진, “기업형태로서의 신탁-사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로-”, 전남대학교 법학연구소 법학논총 제31집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 120쪽. 김 교수는 Langbein 교수의 논문을 인용하면서, 상사신탁의 예로 (i) 연금신탁(pension trusts)과 (ii) 뮤추얼펀드, 부동산투자신탁(REITS) 석유 및 가스로열티신탁, 자산유동화(asset securitization) 등과 같은 투자신탁(investment trusts), (iii) 신탁증서법(the Trust Indenture Act)상의 기업신탁(corporate trust functions), (iv) 핵해체신탁(Nuclear Decommissioning Trusts), 환경개선신탁(Environmental remediation trusts), 청산신탁(Liquidation trusts), 장례비예납신탁(Prepaid Funeral Trusts), 외국보험사 신탁(Foreign Insurer's trusts), 법률사무소 신탁계정(Law office trust account) 등과 같은, 규제준수 신탁(Regulatory compliance trust)(Langbein 교수에 의하면 법에 의하여 부과되는 책임을 면제할 목적으로 설정된 신탁이라고 한다.), (v) 사법 및 행정절차상 분쟁해결을 위하여 설정되는 보충신탁(Remedial trusts) 등을 예로 들고 있다. 또 같은 논문 126쪽에서는 사업신탁, 투자 및 부동산신탁, 사채신탁, 연금신탁 등을 상사신탁의 예로 열거하고 있다. 이러한 기술로 봐서 김태진 교수는 사업신탁을 미국법상의 Business Trust로 보고 있는 것으로 보인다.

개정 전 신탁법하에서는 소극재산이 포함된 재산에 대한 신탁이 가능한지 여부가 명확하지 않았기 때문에 상인인 위탁자가 포괄적으로 사업부분 중 일부를 신탁하려고 하는 경우 이러한 방식의 신탁이 가능한지 논란이 있었다.¹²⁾ 특별법에 의한 신탁의 예로 자산유동화법은 신탁형 유동화를 허용하고 있었지만¹³⁾ 사업신탁이라는 개념에서 신탁법이 이를 허용하는지에 대한 논의의 실익은 있었다.

우리 개정 신탁법에서 사업신탁에 대한 논의는 상당부분 일본 신탁법의 개정과 관련된다. 일본이 신탁법 개정을 통해서 사업신탁을 허용한 것이 우리 사업신탁 허용의 계기가 되었다. 일본의 구신탁법은 신탁재산을 “재산권”이라고 규정하였고 이에 대해서는 적극적 재산만을 의미하는 것으로 해석되었기 때문에 소극재산의 신탁이 불가능하였고 그 결과 적극재산과 소극재산이 동시에 신탁재산으로 되는 사업신탁이 불가능하였으나, 신신탁법은 “재산권” 대신 “재산”이라는 용어를 사용함으로써 적극재산으로 구성된 물권, 채권 및 채무의 총체인 사업신탁도 가능해졌다.¹⁴⁾ 적극재산이 소극재산보다 적은 경우에도 신탁설정이 가능하지만, 적극재산 없이 소극재산만을 이전하는 것은 “재산”의 개념에 포함시키기 어려우므로 허용되지 않는다.¹⁵⁾ 일본이 사업신탁을 허용한 이유는 고수익이 예상되는 특정 영업부분을 신탁으로 분리하여 그것을 담보로 자금조달을 가능하도록 할 필요가 있고, 위험이 큰 신규사업에 착수할 때 도산격리의 목적으로 자기신탁을 활용할 수 있도록 할 필요가 있으며, 지적재산권신탁을 지적재산권을 포함한 일체의

12) 허용되지 않는다는 견해로 임재웅, “분리신탁의 연구”, 홍익법학 제8권 제1호 홍익대학교 법학연구소, 2007. 2, 9쪽 참조.

13) 자산유동화에 관한 법률[시행 2012. 12. 18] [법률 제11599호, 2012. 12. 18, 타법개정]은 1호에서 자산유동화를 정의하면서, “나. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁업자(이하 “신탁업자”라 한다)가 자산보유자로부터 유동화자산을 신탁받아 이를 기초로 유동화증권을 발행하고, 당해 유동화자산의 관리·운용·처분에 의한 수익이나 차입금 등으로 유동화증권의 수익금을 지급하는 일련의 행위” 및 “다. 신탁업자가 유동화증권을 발행하여 신탁 받은 금전으로 자산보유자로부터 유동화자산을 양도받아 당해 유동화자산의 관리·운용·처분에 의한 수익이나 차입금 등으로 유동화증권의 수익금을 지급하는 일련의 행위”를 정의하고 있다. 따라서 신탁형 자산유동화의 방법으로 자산보유자가 위탁자가 되는 유형(자산유동화법 제2조 1호 나목)으로는 자산보유자가 신탁회사에 유동화자산을 신탁하고 신탁회사가 이를 기초로 유동화증권을 발행하여 투자자에게 판매하는 유형이다. 이 유형에서는 유동화전문회사 대신 신탁회사가 유동화자산의 관리·운용·처분에 의한 수익이나 차입금 등으로 유동화증권의 수익금을 지급하게 되었고, 반면, 투자자가 위탁자가 되는 경우(자산유동화법 제2조 1호 다목)에는 신탁회사가 수탁자가 되어 투자자들로부터 금전을 신탁받아 그 자금으로 자산보유자로부터 유동화자산을 양도받아 당해 유동화자산의 관리·운용·처분에 의한 수익이나 차입금 등으로 유동화증권의 수익금을 지급하는 형태를 취할 수 있다.

14) 新井誠, 안성포 옮김, 앞의 책, 177-178쪽.

15) 최수정, 일본 신신탁법, 진원사, 2007, 14쪽.

사업을 신탁할 수 있도록 할 필요가 있다는 점 등이다.¹⁶⁾

2006년 일본 신탁법 개정¹⁷⁾ 이후 개정된 우리나라 개정 신탁법은 소극재산의 신탁을 인정하는 이상 소극재산이 포함된 포괄적 재산에 대한 신탁을 부정할 이유가 없고, 상법상 영업양도의 영업이란 영업용 재산과 재산적 가치가 있는 사실관계가 합하여 이루어진 유기적 일체로서 재산과 구분되는 개념으로 실제 거래계에서 영업 자체가 거래되고 담보의 대상이 되고 있다는 점을 고려하여 영업의 신탁을 허용하였다.¹⁸⁾ 이러한 법무부의 태도를 보면, 현행 신탁법 제2조가 소극재산도 신탁재산으로 할 수 있도록 개정 전 신탁법의 ‘재산권’이라는 용어를 ‘재산’으로 수정하고 영업, 지적재산권 일부, 담보권도 신탁재산으로 삼을 수 있도록 하였다는 점을 들어 이는 적극재산과 소극재산을 모두 가진 유기적 일체로서의 기업을 포괄적으로 수탁하는 사업신탁을 허용한 것으로 이해할 수 있겠다.

다만 유한책임신탁을 채택하지 아니한 사업(영업)신탁의 활용가능성은 많지 않을 것으로 보인다.¹⁹⁾ 왜냐하면 사업(영업)을 신탁재산으로 하여 신탁을 설정하는 이유는 기업 조직형태로 활용하기 위함인데, 수탁자가 해당 사업(영업)상의 채무에 대하여 무한책임을 진다면 수탁자가 무한책임의 부담을 지면서까지 신탁의 수탁자가 될 이유를 생각하기 어렵다고 생각되기 때문이다. 이는 우리나라에서 모든 사원이 무한책임을 지는 합명회사나 사원의 일부가 무한책임을 부담하는 합자회사를 이용한 회사가 거의 설립되고 있지 않고 있는 것과 같은 이유이다.

2. 사업신탁과 회사법상 회사

2.1 사적자치(私的自治)와 신탁

회사의 특징이 무엇일까. 특히 주식회사와 같은 물적회사의 특징은 강행규정의 존재

16) 新井誠, 안성포 옮김, 앞의 책, 175쪽.

17) 2004년 신탁업법의 개정과 2006년 신탁법 개정이 있었고, 후자를 흔히 신신탁법이라고 부름. 후자는 새로운 패러다임을 채용한 전면개정이었음.

18) 법무부, 신탁법해설, 5쪽.

19) 견해로는 우리 신탁법이 사업신탁이라는 편장을 따르 두지 않고 있으므로 명문의 규정이 있는 유한책임신탁 외의 사업신탁은 허용되지 않는 것으로 해석하는 견해가 있을 수 있겠지만 입법과 관련된 여러 논의 사항을 고려하고 법의 전체적인 취지를 감안하면 그리 볼 것은 아니라고 생각한다. 유한책임신탁은 전면개정된 신탁법이 인정한 사업신탁의 한 유형으로 보는 것이 옳다.

에 있다고 본다. 회사법의 역사, 특히 주식회사법의 역사는 투기의 수단으로서의 회사라는 이해와 밀접한 관계가 있다. 그러므로 주식회사법제는 투자자를 보호하기 위한 여러 가지 수단을 회사법에 규정하고 있다. 따라서 주식회사법제는 상당 부분의 자율성이 회사의 정관자치(定款自治)라는 이름으로 인정되고 있음에도 여전히 아직도 다수의 규정이 강행법규이며 계약에 의한 규율보다 단체법적 성격이 강조되곤 한다. 이는 회사법의 다른 회사유형들도 정도의 문제는 있지만 유사성을 가지고 있다. 예를 들어 합명회사나 합자회사와 같은 조합의 성격을 다수 가지고 있는 인적회사도 있지만, 이들도 다수의 강행규정이 있다.²⁰⁾ 이와 달리 임의법규를 주로 하는 신탁의 활용은 회사법의 투자기구로서의 성격을 살리면서도 당사자자치를 확보할 수 있는 설계를 생각할 여지가 많다는 장점이 있다. 미국에서 사적자치를 중심으로 사업신탁이 발전한 것은 이러한 신탁의 장점에 연원한 것이라고 본다.

미국 신탁법은 역사적으로 영국에서 발전한 신탁제도를 받아들여서 이를 미국의 토양에 부합하는 제도로 변용한 결과 신탁이 투자수단으로 활용된 결과 전문가로서 활동하는 수탁자가 등장하여 보수청구를 전제로 하는 유상신탁과 더불어 기업경영 그 자체를 법인형식이 아닌 신탁형식을 이용하는 방법인 사업신탁(business trust)이 많이 활용되었다.²¹⁾ 미국은 영국과 같이 신임관계를 전제로 한 민사신탁보다는 신탁회사 중심의 상사신탁(commercial trust)을 중심으로 하여 발전하였다.²²⁾ 미국에서도 독자적인 신탁제도로

20) 합명회사의 경우 다수를 점하고 있는 법무법인의 책임과 관련된 판결에서 대법원은 상법 제210조의 강행법규성을 인정한 바 있다. 대법원(주심 고영한 대법관)은 지난달 28일 이씨가 H법무법인과 구성원 변호사 6명을 상대로 낸 손해배상 청구소송 상고심(2013다55812)에서 원고승소 판결한 원심을 확정했다. 대법원은 “변호사법 제58조1항에 의해 준용되는 상법 제212조는 회사 채권자를 보호하기 위한 강행규정으로써, 정관의 규정 또는 총사원의 동의로도 이를 배제할 수 없다.”고 밝혔다. 이번 판결은 지난해 11월 이모 변리사가 L법무법인과 구성원 변호사들을 상대로 손해배상을 청구한 사건에서 서울중앙지법이 “실질적으로 법인운영에 관여하지 않은 변호사는 구성원으로 등록돼 있더라도 법인의 손해배상 책임에서 제외된다.”고 판결(2011가합47560)한 것과는 상반된 것이다. 변호사법 제58조의 취지에 대한 해석이 달랐기 때문이다. 서울중앙지법 민사 제21부(재판장 최승록 부장판사)는 “변호사법 제58조1항이 상법상 합명회사 규정을 준용하도록 한 취지는 법무법인을 설립한 구성원 변호사들이 법무법인이라는 기구를 악용해 법무법인을 신뢰하고 법적 조력을 받는 이용자들에 대한 책임을 회피하는 것을 방지하기 위한 것”이라고 밝혔다. 또 “법무법인의 등기상 구성원으로 등재돼 있지만 실질적으로는 명목상 구성원에 불과해 법인 운영에 전혀 관여하지 않고 단순히 피고용자로 근무한 변호사에게까지 이 규정을 적용하는 것은 연대변제 책임을 지는 구성원의 범위를 지나치게 확대하는 부당한 결과를 초래한다.”고 판결했다. 이 사건은 현재 서울고법에서 항소심(2013나12152)이 진행 중이다. 2015년 초에 선고될 것으로 보인다.

관련된 기사는 <<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=80769>> 참조.

21) 新井誠, 안성포 옮김, 신탁법, 전남대학교출판부, 2011, 15쪽.

철회가능신탁(revocable trusts)이나 낭비자신탁(spendthrift trusts)과 같은 제도들이 발전하였지만, 신탁제도가 가지는 도산격리기능(insolvency protection), 도관과세(conduit taxation), 신뢰체계(fiduciary regime), 내용상의 탄력성(flexibility in design) 등의 특성은 미국의 상거래에서 신탁이 회사제도와 경합하게 하였다.²³⁾ 도산위험회피기능에서 신탁과 회사형태가 어느 쪽이 더 안정적인지 여부, 조세편의기능을 가진 신탁의 형태를 회사에서 어떻게 구현할 것인지 여부, 신탁법상의 수탁자와 신탁자 간의 신뢰관계를 회사의 기업지배구조에서 어떻게 탄력적으로 구현할 것인지 여부 등과 같은 신탁과 회사법이 서로 모방하는 하나의 방향과 회사법상 형식적인 회사의 주주총회와 같은 고비용제도를 주주총회소집절차를 생략하는 등의 방법을 취할 수 있도록 한다거나 하는 등의 방법으로 경직적인 회사제도를 신탁에 대응하여 탄력적으로 하는 방식으로 양자는 발전하고 있다.²⁴⁾

2000년 8월 제정된 미국 표준신탁법전(Uniform Trust Code of 2000)²⁵⁾ 제105조 제(a)항은 “신탁계약에서 다르게 규정되어 있는 경우를 제외하고는 이 법전은 수탁자의 의무와 권한, 복수의 수탁자 사이의 관계 그리고 수익자의 권리와 이익을 규율한다.”라고 규정하면서, 표준신탁법전 제105조 제(b)항은 “동 조항이 규정한 14개 조항을 제외하고는 신탁계약이 표준신탁법전의 모든 규정에 우선한다.”라고 규정함으로써 신탁계약 당사자의 합의를 통일신탁법의 규정에 우선하였다(임의규정화). 한편 신탁의 성립요건, 신탁목적에 적합하도록 할 의무 등 신탁의 근간을 이루는 부분에 대해서는 강행규정임을 명시하였다.²⁶⁾

22) 大塚正民/樋口範雄, 명순구/오영걸 옮김, 현대미국신탁법, 세창출판사, 2005, 25쪽.

23) 大塚正民/樋口範雄, 명순구/오영걸 옮김, 위의 책, 25-26쪽. 도산격리기능(insolvency protection), 도관과세(conduit taxation) 등의 용어는 필자가 바꾸어서 인용하였다. 도관과세는 중요한 특징으로 다시 이를 pass through와 pay through로 나눌 수 있는데, 본고에서 상설하지 않는다.

24) 大塚正民/樋口範雄, 명순구/오영걸 옮김, 위의 책, 26-27쪽. 특히 20세기에 들어와서는 생명보험신탁, 연금신탁 및 토지신탁이 성행하였고, 아울러 투자자를 위하여 조성된 자금을 관리·운용하는 투자신탁이 발달하였다.

25) UCCSSL, Uniform Trust Code(2000, last revised 2010). 미국 표준신탁법전(Uniform Trust Code of 2000)은 가족신탁, 부동산신탁을 비롯한 영리신탁이 많이 활용되고 있음에도 신탁의 법률관계 중 특정부분만을 규율하는 다수의 통일법전이 존재하고 있는 상황에서 신탁 관련 법률관계를 규율할 포괄적 이면서 쉽게 접근할 수 있는 통일법 체계를 만들기 위해서 만들어졌다. 표준신탁법전 제정 당시 Restatement of Trusts 조항의 상당 부분을 참조하였으므로 상당부분이 유사하다(David M. English, “The Uniform Trust Code, 2000: Significant Provisions and Policy Issues”, *Missouri Law Review*, Vol. 67, 2002, p.148).

26) 표준신탁법전 제105조는 임의규정 및 강행규정이라는 표제하에 각 조항을 분류하고 있고 있다. 강행규정

일본의 경우에도 2004년 시작되어 2006년 신탁법 개정으로 귀결된 신탁제도의 현대화는, 현대사회에 있어 신탁제도가 사회·경제적 변화에 정확히 대응하는 수단으로 적절한 수단임에도 일본에서는 신탁제도가 제대로 활용되고 있지 않다는 반성적 고찰에 기초하여, 수탁자의 의무에 관한 규정의 임의법규화, 수익자의 권리보호 강화 및 새로운 신탁유형의 창설이라는 3대 기본이념을 중심으로 이루어졌다.²⁷⁾ 이 중 주목할 부분이 신탁법의 임의법규화이다. Hansman과 Kraakman이 강조하는 것처럼 신탁법이 회사법제에 대해서 우위를 가지는 부분은 계약에 더 가까운 규범이라는 점에서 가지는 탄력성인바,²⁸⁾ 임의법규화를 통해서 사적자치의 기반으로 하여 수탁자의 의무를 적절한 요건하에 합리적으로 재편하고, 수익자의 권리행사의 실효성과 기동성을 높였으며, 수탁자의 의무와 수익자의 권리행사와의 조화를 추구하였고, 다양한 신탁의 이용형태에 대응하기 위하여 제도를 정비하고자 하였다.²⁹⁾

2.2 상사신탁이라는 개념

상사신탁과 민사신탁과의 통일적 규율도 일본 신탁법 개정이 도모한 과제이다.³⁰⁾ 전통적으로 신탁은 다양한 관점에서의 분류가 있어 왔다. 그리고 상사신탁이라는 용어는 광범위하게 쓰여 왔다.³¹⁾ 민법의 분류에 기초하여 민·상법 준별론(峻別論)을 취하는

인 14가지는 신탁을 설정하기 위한 요건, 성실하게 그리고 신탁목적에 접합하게 행동하여야 하는 수탁자의 의무 등 제3자의 보호를 위한 강행규정, 법 제410조 내지 제416조에 기하여 신탁을 변경하거나 종료시킬 수 있는 법원의 권한에 관한 강행규정 및 신탁이 신탁으로서 인정되고 신탁이 수익자를 위한 것이라는 기본을 유지하기 위한 강행규정으로 분류할 수 있다(大塚正民/樋口範雄, 명순구/오영걸 옮김, 앞의 책, 17-21쪽).

- 27) 新井誠 著, 안성포 옮김, 앞의 책, 37쪽. 이 개정을 통하여 새로 도입, 창설한 신탁유형으로 수익증권발행 신탁, 신탁사채발행신탁, 자기신탁 및 사업신탁 등이 있다.
- 28) 이들은 기업의 형태에 대해서 기업의 형태가 경제학적인 관점에서 복수의 계약의 총화(nexus of contract)라고 할 수 있지만, 이러한 계약의 합체가 왜 하나의 중심적인 단일체와 계약이 이루어지는 것인지, 순차적으로 근로자나 외부 공급자, 소비자 등의 사이에서 이루어지는 것이 아닌지에 대하여 명확한 설명을 하고 있지 못하다는 점을 지적하고 있다. Henry Hansmann/Reinier Kraakman, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale L.J.*, Vol. 110, 2000, p.391.
- 29) 田中和明, 新信託法と信託實務, 清文社, 2007, 5-9쪽.
- 30) 田中和明, 위의 책, 9쪽.
- 31) 상사신탁에 대한 언급이 나오면 거의 모든 논문에 등장하는 것이 神作裕之 교수의 견해이다. 예를 들어 김태진 교수는 神作裕之의 견해(神作裕之, "信託法・信託關連法の近時の展開と課題", 信託 第242號(社)信託協會, 2010. 5.)를 인용하면서 상사신탁을 민사신탁과 구별하기 위한 기준으로 (i) 수익자가 신탁보수를 받는다는 의미에서의 유상성으로 구별할 것인지, (ii) 수익자가 수익권을 유상으로 취득한다는 의미에

우리나라와 일본에서 논의가 되는 민사신탁과 상사신탁의 분류, 신탁의 성격에 기초한 다른 분류로 공익성을 가지는지 여부에 따른 공익신탁과 사익신탁으로 영업신탁 내지 사업신탁 등으로 분류하는 방법이 있을 것이다. 공익이 아니면 사익일 것이니 이렇게 말해야겠지만 이런 분류가 실익이 있는 것은 공익신탁이 아닌 신탁이라는 의미밖에 없을 것이다. 그런데 신탁법 제106조는 공익신탁을 “학술, 종교, 제사, 자선, 기예, 환경, 그 밖에 공익을 목적으로 하는 신탁”이라고 정의한다. 그 밖의 공익이 무엇이 있을지는 사안에 따라 정해질 것이지만, 실제로는 공익이 아니어서 사익으로 분류되는 잔여개념(殘餘概念)으로서의 나머지 신탁에는 사회통념상의 공익과 다른 경우도 있을 수 있다고 본다.

그런데 관념으로서의 법이 아니라 신탁법의 조문에 의하면 상사신탁과 공익신탁을 제외한 나머지 신탁은 민사신탁이 아니라 민사신탁 중에 공익신탁인 경우도 있다고 보는 것이 타당하다. 상사신탁을 적극적으로 정의하면, 신탁을 상행위로 하는 경우를 말한다고 할 수 있을 것인데, 상법 제46조의 기본적 상행위 중의 하나가 신탁의 인수(제15호)이다. 신탁의 인수를 영업으로 하는 자가 신탁업자이고, 이 사람이 하는 행위는 기본적인 상행위이다. 이것이 상법이 정한 바이다. 우리 법의 신탁의 구조는 신탁법만이 아니라, 폐지된 신탁업법을 이어받은 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(이하 자본시장법)에서도 업(業)으로서의 신탁을 규율한다.³²⁾ 이는 신탁업법이 자본시장법의 일부로 편입된

서의 유사성으로 구별할 것인지, (iii) 상행위 측면을 강조하여 상법 제46조 제15호(신탁의 인수)에 따라 영업적 상행위로서 인수한 신탁인지 여부로 구별할 것인지, (iv) 주체 측면을 강조하여 계속적, 반복적으로 영업으로서의 신탁 업무를 제공하고 있는 신탁업자에 의하여 인수된 신탁인지 여부로 구별할 것인지, (v) 수익자가 다수 존재하면서 동시에 수익자 사이에 집단성이 인정되는, 이른바 집단신탁(collective trust)일 것을 요하는지, (vi) 신탁이 예컨대 수익증권발행신탁이거나 유한책임신탁인 경우에만 한정할 것인지, (vii) 신탁의 목적이 영리를 추구하는지 여부로 구별할 것인지, (viii) 수탁자 또는 신탁의 기능을 중심으로 구별할 것인지 등의 8가지를 제시하고 있다. 이 중에서 神田 교수는 특히 (iv)와 (viii)를 기준으로 하여, 상사신탁이란 영업신탁에 있어서 수탁자가 행하여야 할 주된 역할이 신탁재산의 수동적인 관리 또는 처분을 넘어서는 경우이거나 관리·보전이 아닌 경우라고 정의한 다음, 이에 대비되는 민사신탁이란 수탁자가 행하는 역할이 수동적인 재산 관리 또는 처분에 그치는 경우라고 밝히면서 상사신탁을 그 기능별로 운용형, 사업형, 유동화/전환형, 예금형의 4가지로 분류하는 견해를 소개하고 있다(김태진, “기업형태로서의 신탁-사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로-”, 전남대학교 법학연구소 법학논총 제31집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 123쪽).

32) 일본의 경우에는 여전히 신탁업법이 별도로 있다. 일본은 신탁업을 규제하기 위한 법으로서 신탁업법이 제정된 결과 신탁업의 발전이 다소 왜곡되어 있어 이를 개선하고 신탁업을 활성화하기 위해서 “규제개혁 추진 3개년 계획”을 수립하여, 수탁가능재산의 범위 확대, 신탁회사의 일반사업신탁으로의 해금, 신탁업의 범위 확대 등 신탁제도를 개선하려는 노력이 진행된 결과 2004년 신탁업법이 개정되었었다. 개정 신탁업법은 신탁업자의 수탁가능한 재산의 범위를 지적재산권을 포함한 재산권 일반으로 확대하였고,

결과이다.

그러나 신탁업법을 규제법으로 보면, 금융규제는 금융위원회의 권한이 되어야 한다는 기관 간의 권한분배의 문제로 인해 신탁업법이 자본시장법의 일부가 되어야 할 것이나, 일본처럼 별도의 법으로 규율되지 말아야 할 필연적인 이유도 없다.³³⁾ 자본시장법 제6조 (금융투자업) 제1항은 “이 법에서 금융투자업이란 이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 행하는 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업(業)을 말한다.”고 하면서, 제8항에서 “이 법에서 신탁업이란 신탁을 영업으로 하는 것을 말한다.”고 규정한다. “이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법”이라는 자본시장법의 개념요소는 반드시 자본시장법에서 정한 업(業)의 개념이 아니므로 상신탁을 규정하는 개념요소로서 활용할 수 있다. 결국 신탁법에 의해서 신탁을 하려는 자가 이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 업무를 하면, 이런 영리를 목적으로 신탁을 인수하는 수탁자는 자본시장법상 신탁업자로 규제될 것이고, 이러한 일을 하려는 수탁자는 자본시장법에 따른 신탁업 인가를 얻어야 한다는 것이 이러한 해석의 논리 귀결이 될 것이다. 그런데 이는 자본시장법상의 신탁이라고 정의하는 것이고, 이 경우가 상신탁이라고 할 것인데, 모든 상신탁이 자본시장법상의 신탁이라고 할 것인지는 생각할 점이 있다고 본다.³⁴⁾

상신탁이라는 개념이 자본시장법과 상법, 신탁법을 결합할 때 반드시 필요한 것인가에 대한 문제제기로 이해해도 좋다. 현행법의 해석에서 상신탁이라는 개념의 분류 실익이 있는지는 명확하지 않다고 생각한다. 불필요한 논쟁만 야기하는 개념유희(Gedankenspiel)로서의 분류로서 어떤 신탁이 상신탁인지, 민사신탁인지 여부를 가리는 것에 상법상 상인성을 인정하거나, 상행위를 구별하는 기준 이상의 노력을 들일 필요가 있는 것은 아니라고 본다. 나아가 민사신탁과 상신탁을 통합적으로 규율하는 방향

금융기관 이외의 사업회사도 신탁업의 진입이 가능함과 동시에 사업회사의 신탁업 진입이 허용됨에 따라 수익자 보호를 위한 제도가 강화되었으며, 신탁계약대리점 및 신탁수익권판매점 등 수익증권의 유통을 위한 다양한 판매망을 확보하였다. 일본의 2004년 신탁업법의 개정과 관련한 자세한 내용은 최성근, “일본의 신탁법제에 관한 비교법적 연구 - 2004년 개정신탁업법 및 2006년 신신탁법을 중심으로”, 청주 법학 제32권 제2호, 청주대학교 법학연구소, 2010. 11. 참조.

33) 신탁업법을 따로 일본과 같이 분리하여 규율할 필요는 없을까 하는 점이 이러한 기관 간 권한분배의 문제와 논리필연은 아닐 것이다.

34) 김태진 교수는 해석에 상신탁과 민사신탁의 구별이 실익이 있다고 한다(김태진, 앞의 논문, 124쪽). 우리 신탁법을 해석함에 있어 상신탁인지 여부를 가리는 것이 무슨 실익이 있는지는 신중하게 검토할 필요가 있다.

의 해석론이나 입법론이 필요하다고 본다. 그렇게 되면 신탁법에 자본시장법상 신탁업에 대한 규율이 통합적으로 이루어지도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

3. 사업신탁 관련 입법의 전개

3.1 회사, 조합, 신탁

사업신탁과 관련된 입법을 어떻게 하고, 어떻게 전개하는 것이 옳은가에 대한 논의를 하기 위해서 우리는 일본의 예를 참고할 수 있지만, 근본적으로 이해하기 위해서는 미국의 사업신탁과 관련된 전개를 살펴볼 필요가 있다고 본다.

미국은 전통적으로 기업조직형태로 주법(州法)에 근거한 회사와 당사자 간의 계약에 의한 조합, 그리고 구조상·운영상 유연성 및 유한책임의 법리를 추구함과 동시에 의사결정의 기동성 및 법인세 절감효과를 누리기 위한 수단으로서 신탁을 이용하였다. 이런 관점에서 미국은 사업신탁이 발전하였다.³⁵⁾ 보통법상 사업신탁은 회사의 기본구조로서 출자자 겸 이익향수자인 주주, 경영자인 이사, 그리고 기업재산인 자본이라는 삼각관계를 신탁법상의 수익자, 수탁자 및 신탁재산이라는 삼각관계로 재구성한 것으로 기능에 있어서는 회사와 유사하지만 회사와 달리 법인격은 없고, 그렇다고 조합계약과도 구별되는 제3의 기업형태라고 할 수 있다.³⁶⁾ 보통법상 사업신탁은 수탁자가 사망할 때까지 존속하고 수탁자 일부가 결원이 생길 경우에는 다른 수탁자와 수익자가 새로운 수탁자를 선임할 수 있다는 점에서 조직의 연속성을 실현할 수 있고, 통상 하나의 상호(商號)하에 목적재산을 운용하고 신탁재산의 권원을 가진 수탁자의 인격을 통하여 기업의 실질적인 단일성을 가질 수 있다는 점에서 기업의 단일성을 실현할 수 있으며, 신탁재산은 수탁자의 명의로 귀속되고 수탁자는 다른 자의 간섭을 받지 아니하고 계속적으로 독립하여 신탁재산을 운용한다는 점에서 기업경영의 계속성과 독립성을 제고할 수 있고, 신탁증서에 의한 수익권의 양도를 인정함으로써 자본의 집중을 실현할 수 있으며, 회사형태에 비하여 조세부담을 줄일 수 있고, 수익자는 수탁자의 신탁재산운용에 의하여 부담하는 채무로부터 벗어날 수 있으며, 동시에 유한책임을 실현할 수 있다는 점에서

35) 오성근, “사업신탁의 기업조직적 특징과 수익자책임법리”, 기업법연구 제22권 제1호(통권 제32호), 기업법학회, 2008. 3, 422-423쪽.

36) 工藤聡一, ビジネス・トラスト法の研究, 新山社, 2007, 7쪽.

회사를 대체하는 기업조직(alternative business organization)으로서의 기능을 수행한다.³⁷⁾

미국에서 보통법상 사업신탁이 입법이 되는 과정은 3시기로 나누어서 살펴볼 수 있다.³⁸⁾ 제1기에서는 1909년 매사추세츠 주의 주법의 제정부터인데 조직의 실체적 측면은 임의단체로서의 융통성을 유지하면서 법률절차상의 불편을 해소할 수 있도록 신탁을 소송주체로서 인정하는 입법이 이루어졌다. 제2기 입법은 1959년 워싱턴 주 주법에서 시작되었는데, 제1기에서 논의되지 않았던 당사자의 책임관계 등 조직 면의 취약성을 불식시키기 위하여 회사법을 유추적용 내지 준용함으로써 일종의 법인규제로서 사업신탁을 제도화하였다.³⁹⁾ 제3기 입법은 1988년 델라웨어 주법인 Delaware Statutory Trust Act(이하 델라웨어신탁법이라 함)에서 시작되었다. 델라웨어신탁법은 사업신탁의 고유한 특성인 법적 구조의 유연성을 신탁법의 영역에서 부활시킴과 동시에 수권법(授權法, enabling act)의 방식을 채택하였다.⁴⁰⁾ 이처럼 미국에서의 사업 신탁 관련 법제는 보통법(common-law business trust)으로 발전하다가 성문법 형태(statutory business trust)로 입법이 되는 과정을 거치면서 발전하였다.

3.2 “델라웨어 주 사업신탁법”

델라웨어 주 사업신탁법은 계약자유를 강조하는 주의 입법정신을 사업신탁에서도 구현하였다. 델라웨어 주의 경우 사업신탁의 관리를 함에 있어 계약을 통하여 어떤 결정도 할 수 있도록 함으로써, 일반적으로 신탁의 경우 신탁증서에 어떻게 규정하느냐에 따라 관련 당사자들의 권리 및 의무 등이 달라지는 것과 마찬가지로 사업신탁의 경우도 수탁자 또는 수익자를 여러 종류, 집단 또는 계열로 분류하거나 또는 수익권을 여러 종류, 집단 또는 계열로 분류하는 것을 인정하고, 이에 더 나아가 사업신탁이 회사, 조합 또는 다른 사업신탁과 합병하는 것도 인정함으로써 사업신탁을 회사의 역할을 하면서도 계약과 유사하게 규정하였다.⁴¹⁾

37) 工藤聡一, 위의 책, 7-9쪽.

38) 工藤聡一, 위의 책, 10쪽. 이와 비교하여 미국의 사업신탁을 4세대로 나누어, (i) 메사추세츠 주의 사업신탁법 제정(1세대), (ii) 1960년대 변영기(2세대), (iii) 1980년대 델라웨어 사업신탁법 제정 전까지의 세대(3세대), (iv) 델라웨어 주 사업신탁법 제정 이후의 세대(4세대)로 분석하는 견해도 있다(Robert H. Sitkoff, “Trust as ‘Uncorporation’: A Research Agenda”, *Illinois Law Review*, Vol. No. 1, 2005, p.36).

39) 工藤聡一, 위의 책, 10쪽

40) 위의 각주와 동일쪽

41) 大塚正民/樋口範雄, 명순구/오영걸 옮김, 앞의 책, 40쪽.

다만 델라웨어 주 사업신탁법은 활용 면에서 신탁증서에 따른 사업구조 설계의 유연성이 높지만, 여전히 사업신탁은 신탁이라는 본질에서 벗어날 수는 없으므로 계약보다는 유연성이 높지 않고, 사업신탁으로 기업을 설정하더라도 기업의 운영과 관련하여서는 관련 연방법이 적용되므로 회사에 대한 연방법의 규율에서 여전히 자유롭지 않다. 예를 들어 수익증권의 공모와 관련하여 미국의 33년 증권법(Securities Act of 1933)이나 34년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934)의 적용을 받게 된다. 이런 점을 감안하면, 주로 수동적인 투자를 수행하는 투자회사(investment company)의 기업형태로서는 활용도가 높을 수 있으나, 적극적으로 사업을 수행하는 회사들의 기업형태로서 활용되기에는 한계가 있다는 견해가 있다.⁴²⁾

3.3 표준신탁법인법(Uniform Statutory Trust Entity Act)⁴³⁾

이와 같은 보통법의 성문화를 거치는 과정에서 사업신탁제도의 명확성을 높이고 활용도를 증진하기 위해서, 사업신탁과 관련된 주법의 통일이 필요해졌다.⁴⁴⁾ 성문법으로서 사업신탁 관련 법제의 모델법인 표준신탁법인법은 펀드와 구조화금융 시장에서 주로 이용되는 주법상의 사업신탁을 통일적으로 규율하기 위해서 제정되었다. 2003년 제정논의가 시작되어 2009년 7월 제정되었다. 초기에는 모델법의 명칭이 표준사업신탁법(Uniform Business Trust Act)이었으나 이후 논의과정에서 Business Trust라는 단어가 삭제된 표준신탁법인법이라는 명칭으로 법명이 정해졌다. 그 이유는 표준신탁법인법의 적용 범위가 주로 Business Trust를 규율하는 법이지만 사업목적이 아닌 자선신탁(charitable

42) Tamar Frankel, "The Delaware Business Trust Act Failure as the New Corporate Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 23, 2001, pp.326-327. 실재를 보면 싱가포르와 홍콩에서 적극적 사업을 영위하는 사업신탁이 존재하며, 사업신탁의 수익권의 상장을 통해서 주식회사와 비슷한 자본조달을 한다. 또 호주에서도 사업신탁이 적극적인 사업을 영위하는 예가 있다.

43) Uniform을 '표준'이라고 번역을 하여야 할지, '통일'이라고 하여야 할지부터 해서 번역례를 정하는 것에서 논란이 있을 수 있다. 일단 Uniform은 표준이라고 번역했다. 왜냐하면 통일은 마치 주법들을 하나로 합친 것으로 오해를 할 수 있게 할 수 있고, 실제 참고하여 입법을 하라는 의미에서 표준이라고 하는 것이 옳다고 보았다.

44) 표준신탁법인법 제정 전에 Connecticut, Delaware, Maryland, New Hampshire, Nevada, South Dakota, Wyoming, Virginia에서 성문법으로서 사업신탁법이 주법으로 있었다. 델라웨어신탁법이 많은 참조가 되었다고 한다. 한편 신탁법제뿐만 아니라 회사법제도 영향을 미쳤다. Uniform Limited Partnership Act(2001), Revised Uniform Limited Liability Company Act(2006) 및 Model Business Corporation Act(2005)도 고려의 대상이 되었다. NCCUSL, Uniform Statutory Trust Entity Act, 2010, pp.2-3.

trust)이나 기부신탁(donative trust)에의 적용이 배제되는 것이 아니라는 점,⁴⁵⁾ Business Trust가 자산유동화의 도구로 주로 사용되는데 미국의 도산법제는 Business Trust를 규율 대상으로 명시적으로 포함하고 있어 도산절차로부터 자유로운 자산유동화의 도구로 이 법에 의한 신탁이 활용될 수 있도록 하기 위하여 Business Trust를 제외하는 것이 타당하다고 보았기 때문이다. 한편 표준신탁법인법은 “Entity”라는 용어를 범명에 사용함으로써 신탁이 법인격을 가진다는 점을 분명히 하였다.⁴⁶⁾ 다만 법인격이 부여되는 표준신탁법인법상 사업신탁은 보통법에 의한 신탁이나 표준신탁법을 대체하는 것은 아니고, 표준신탁법인법에 의하여 별도로 허용되는 기업조직의 하나로 인정된 것이다.

3.4 미국의 표준신탁법인법상 사업신탁

표준신탁법인법상 사업신탁은 몇 가지 측면에서 보통법상 사업신탁과 구별된다. 국가의 관여 없이 사적 합의로 만들어지는 보통법상 사업신탁은 법인격이 없기 때문에 수탁자의 명이나 수탁자의 법인격으로 소송행위를 수행할 수밖에 없지만, 표준신탁법인법 제302조는 사업신탁은 수탁자나 수익자와 분리된 법인격을 가진다고 규정하고 있다(A statutory trust is an entity separate from its trustees and beneficial owners).

표준신탁법인법 제304조⁴⁷⁾는 사업신탁의 소극재산(채무)과 관련하여 신탁의 모든 채무는 신탁에 귀속된다는 의미에서 규정하는 적극적 유한책임(affirmatively limited liability)을, 법 제305조⁴⁸⁾는 수익자, 수탁자 또는 그 대리인은 누구도 신탁의 채무에

45) 다만 이 법에 의한 신탁은 ‘기부를 주된 목적(a predominantly donative purpose)’으로 설정될 수는 없다(표준신탁법인법 제303조).

46) 이와 비교하여 보통법상 사업신탁은 법인격이 없었고, 주법상의 사업신탁의 경우 델라웨어는 주에 등록을 해야 법인격이 인정되는 시스템이었다. 표준신탁법인법의 명칭 및 제정이유에 대한 상세한 내용은 NCCUSL, Uniform Statutory Trust Entity Act, 2010. 참조.

47) STATUTORY TRUST SOLELY LIABLE FOR DEBT, OBLIGATION, OR OTHER LIABILITY OF STATUTORY TRUST. “(a) A debt, obligation, or other liability of a statutory trust or series thereof is solely a debt, obligation, or other liability of the trust or series thereof. A beneficial owner, trustee, agent of the trust, or agent of the trustee is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for a debt, obligation, or other liability of the trust or series thereof solely by reason of being or acting as a trustee, beneficial owner, agent of the trust, or agent of the trustee. (b) Except as otherwise provided in [Article] 4, property of a statutory trust held in the name of the trust or by the trustee in the trustee’s capacity as trustee is subject to attachment and execution to satisfy a debt, obligation, or other liability of the trust.”

대하여 개인적인 책임을 부담하지 않는다는 의미의 소극적 유한책임(defensively limited liability)을 규정하고 있다. 표준신탁법인법은 사업신탁의 자산분리(asset partitioning)를 보장하여 제정법상 사업신탁이 사업을 위한 수단으로서 활용될 수 있도록 하였다.⁴⁹⁾ 통일신탁법은 혼동의 원칙(common-law rule of merger)을 적용하여 단독수익자 겸 단독수탁자인 신탁의 설정은 적법유효하지 않다고 규정한 반면, 표준신탁법인법 제306조(d)는 통일신탁법상의 강행규정인 신탁설정요건(§105(b)(1)) 중 하나인 혼동의 원칙을 규정한 제402조(a)(5)보다 우선하는 규정으로 입법함으로써 단독수익자 겸 단독수탁자인 경우에도 신탁은 소멸하지 않고 그대로 존속하게 되었다.⁵⁰⁾

Ⅲ. 신탁법을 고려한 사업신탁의 활용

1. 사업신탁의 용도와 유형

1.1 사업재편과 자금조달 용도

사업신탁을 활용하는 것은 사업 자체를 신탁재산으로 해서 사업의 운용에 중점을 두고 수탁자가 신탁의 유현한 조직구성을 이용하여 사업을 재편하는 경우와 신탁의 자산분리기능을 이용하여 특정한 사업분야를 다른 사업과 분리하여 그 사업의 가치에 기한 자금조달을 하는 것을 그 내용으로 하는 경우로 나누어 볼 수 있다.⁵¹⁾

48) NO CREDITOR RIGHTS IN TRUST PROPERTY. “A creditor of a beneficial owner or trustee may not obtain possession of, or otherwise exercise legal or equitable remedies with respect to, the property of a statutory trust or any series thereof.”

49) 회사법 대가인 Hansmann과 Kraakman은 자신들의 논문에서 기업으로 기능하기 위해서는 자산과 그 출연자가 분리될 수 있어야 한다고 설명한다. 그들은 자산분리(asset partitioning)는 기업조직의 채권자에게 기업조직의 소유주의 채권자보다 기업자산에 대한 우선권을 부여하는 적극적 자산분리(affirmative asset partitioning)와 기업조직의 소유주의 채권자에게 기업조직의 채권자보다 기업조직의 소유주의 개인자산에 대한 우선권을 부여하는 소극적 자산분리(defensive asset partitioning)로 나뉜다고 본다. (Henry Hansmann/Reinier Kraakman, op. cit., p.393).

50) 표준신탁법인법 §306(d) (“A statutory trust or any series thereof does not terminate because the same person is the sole trustee and sole beneficial owner.”).

51) 早坂文高, “事業信託について”, 事業信託の展望, 트ラスト60 研究叢書, 公益財団法人トラスト, 2011, 6쪽.

사업재편형의 경우 복수의 사업을 가지고 있는 甲 회사가 이 중 A 사업을 분리하여 이를 이와 연관성을 가지고 있는 乙 회사에 신탁함으로써 乙 회사의 A 사업과 밀접한 연관이 있는 A 사업과 결합하여 상호 시너지를 내는 사업제휴를 하는 방법을 신탁을 통해서 구현할 수 있게 되고 乙 회사는 甲 회사에게 수익권을 발행하여 상호 수익성을 제고할 수 있게 되는 것이 사업재편형의 사례이다.⁵²⁾ 이렇게 되면 회사를 분할하거나 하지 않고 그대로 사업을 보유하면서도 시너지를 낼 수 있는 사업재편이 가능해지는 것이다.

자금조달형은 甲 회사가 A 사업을 신탁회사에 신탁하고 이 신탁회사는 이 사업에 기초하여 수익권을 발행하면서 사업의 운용은 다시 甲 회사에 운용위탁을 하고, 甲 회사는 이 수익권을 매각하여 그 매각대금을 통해서 자금을 조달하는 방식 등 다양한 방식이 있을 수 있다.⁵³⁾

1.2 유형

1.2.1 사업자체신탁과 사업형신탁

일본에서는 신탁재산 그 자체가 ‘영업’, 즉 ‘일정한 영업목적으로 조직된 유기적 일체로서 기능한 재산’인 신탁(=사업자체신탁)과 신탁이라는 조직에 의하여 신탁재산을 이용하는 사업을 행하는 신탁(=사업형신탁)으로 구분할 수 있다.⁵⁴⁾

사업형신탁의 대표적인 경우로 우리나라의 부동산신탁업자가 행하는 임대형토지신탁과 같은 임대형토지신탁을 생각할 수 있을 것으로 본다.⁵⁵⁾

52) 早坂文高, 위의 논문, 6-7쪽.

53) 早坂文高, 위의 논문, 7-8쪽.

54) 일본에서는 신탁업자가 대출채권을 수탁 받아 추심하는 행위를 수행하는 신탁이나 주식에서 의결권만을 분리하여 신탁하는 신탁의 경우도 사업신탁의 한 유형으로 논의하고 있으나, 이러한 신탁까지 사업신탁으로 분류하는 것은 적절한지 의문이 있다(田中利和, 앞의 책, 15쪽).

55) 임대형토지신탁이란 토지의 이용을 목적으로 소유자가 토지를 신탁은행에 신탁하고 신탁은행은 수탁자로서 건물을 개발하고, 이러한 개발사업을 위하여 자금을 조달하고 임차인을 모집·관리하여 수익자에게는 임대수익을 신탁배당으로서 교부하는 신탁이다. 신탁방식은 토지소유자가 토지의 유효이용을 도모하여 이익을 올릴 목적으로 그 토지를 수탁자에게 신탁하고 수탁자는 신탁계약이 정하는 바에 따라 건축자금의 조달, 건물의 건설, 임차인모집, 임대 및 관리운영의 성과를 신탁배당(信託配當)으로 토지소유자에게 교부하는 방식이다. 토지신탁방식의 기본형이라고도 하는 임대형 토지신탁방식은 건물건설임대형과 택지조성임대형으로 나눌 수 있다. 양자 모두 임대료 수취에 목적이 있다. 수탁자는 임료를 수납하고 임대료 수익에서 공조공과, 차입금이자, 화재보험료, 관리비 등의 경비를 지급하고, 또 차입금 변제, 신탁보수 등을 차감한다. 한편 수탁자는 신탁계약으로 정하는 일정한 날에 결산하고 수익금을 수익자에게 신탁배당

신탁재산책임부담채무를 명시적으로 규정한 일본 신탁법 제21조 제3호는 “신탁 전에 발생한 위탁자에 대한 채권으로서 해당 채권에 관한 채무를 신탁재산책임부담채무로 하는 취지의 신탁행위의 정함이 있는 것”을 요구하고 있다.⁵⁶⁾ 그러므로 위탁자가 부담한 채무를 신탁재산부담채무로 할 수 있다. 따라서 적극재산의 신탁과 위탁자의 채무를 수탁자가 인수하여 신탁재산부담채무로 함으로써 사업자체신탁을 할 수 있다.⁵⁷⁾ 사업자체신탁은 영업에 속한 적극재산과 소극재산이 신탁설정 시에 신탁재산으로 편입된다는 점에서 신탁설정 이후 사후적으로 수탁자가 신탁재산의 수탁자로서 차입을 일으키는 사업형신탁과 다르다.⁵⁸⁾ 사업자체신탁은 신탁설정 시에 위탁자의 채무를 수탁자가 인수하는 행위가 필요할 것인데, 이러한 채무인수의 성격이 ‘병존적 채무인수’인지, 또는 ‘면책적 채무인수’인지 여부는 구체적으로는 계약 체결의 동기, 경위 및 목적, 계약에 있어서의 당사자의 지위, 당사자 사이 및 당사자와 제3자 사이의 이해관계, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 의사를 해석하여야 하는 것으로⁵⁹⁾ 신탁설정 당시에 이해관계자인 위탁자, 수탁자 및 채권자의 합의가 있다면 이에 따라서, 만일 별다른 합의가 없다면 병존적 채무인수로 볼 것이고, 위탁자가 부담한 채무에 대하여 수탁자가 그 고유재산 또는 신탁재산만을 책임재산으로 하는 면책적 채무인수를 하기 위해서는 채권자의 동의가 필요할 것이다.⁶⁰⁾ 한편, 일본 신탁업법 시행규칙 제37조 제1항 제10호는 사업신

으로 교부한다. 신탁기간이 만료한 때는 최종계산하고 수익자의 승인을 얻어 신탁재산을 현상 그대로 수익자에게 교부한다. 이때 임차인의 임대차계약은 수익자가 승계하고, 토지건물의 신탁등기는 말소되며, 수익자에게 소유권이 이전등기 된다.

〈<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=586561&cid=516&categoryId=1171>〉 최종검색일: 2013. 1. 21.

56) (信託財産責任負担債務の範囲)

第二十一条 次に掲げる権利に係る債務は、信託財産責任負担債務となる。

一 受益債権

二 信託財産に属する財産について信託前の原因によって生じた権利

三 信託前に生じた委託者に対する債権であって、当該債権に係る債務を信託財産責任負担債務とする旨の信託行為の定めがあるもの

57) 田中和明, 앞의 책, 333쪽.

58) 일본의 개정 전 신탁법하에서도 사업형신탁은 신탁재산의 신탁목적에 적합하다는 이유로 이를 인정하였는데, 일본의 개정 전 신탁법이 신탁효력발생 후에 채무인수 하는 사업형신탁은 인정하고 신탁효력 발생 시에 채무의 인수를 수반하는 사업자체신탁은 인정하지 않았다(田中和明, 앞의 책, 333쪽).

59) 대법원 1997. 10. 24. 선고, 97다28698 판결.

60) 대법원은 “사업이나 부동산을 매수하는 사람이 근저당채무 등 그 부동산에 결부된 부담을 인수하고 그 채무액만큼 매매대금을 공제하기로 약정하는 경우에, 매수인의 그러한 채무부담의 약정은 채권자의 승낙이 없는 한 매도인 측을 면책시키는 이른바 면책적 채무인수라고는 볼 수 없다. 그러나 나아가 그러한

탁에 있어서 신탁재산을 상회하는 채무를 인수함으로써 수익자가 출자한 원본 이상의 손실을 입게 될 가능성이 있다는 점을 고려하여, 수익자 보호를 위해서 신탁행위로서 수탁자가 위탁자의 채무를 인수한 경우에는 신탁재산상황보고서에서 채무의 액 기타 당해 채무의 내용에 관한 사항에 대하여 보고의무를 부과하고 있다.⁶¹⁾

1.2.2 자기신탁형과 타자신탁형

신탁의 설정방식에 따른 분류로서 자기신탁형은 위탁자가 특정한 사업을 고유재산에서 분리하여 이를 신탁재산으로 변경하는 방식을 취하는 것으로 사업회사들이 신탁선언에 의하여 자기신탁을 하고 이를 사업신탁의 대상으로 하는 경우를 말한다. 이는 제3자가 수탁자가 되어 사업재산의 이전과 신탁의 설정이 이루어지는 타자신탁과 구별된다.⁶²⁾

1.2.3 사업운용형과 자금조달형

앞서 용도에서 살펴본 것과 같이 신탁목적에 따른 분류로서 자금조달형의 경우는 자기신탁형이 많다. 사업운용형의 경우에는 위탁자가 각종 비금융사업을 영위하는 자로서 사업수행에 대한 전문적인 식견과 능력을 가지고 있는 경우가 많고, 신탁은행과 같은 금융업자가 수탁자가 되는 경우를 생각하기는 어렵다. 반면 자금조달형의 경우에는 금융업자가 수탁자가 되는 경우가 대부분이다.⁶³⁾

약정이 이행인수에 불과한지 아니면 병존적 채무인수, 즉 제3자를 위한 계약인지를 구별함에 있어서 그 판별 기준은 계약 당사자에게 제3자 또는 채권자가 계약 당사자 일방 또는 채무인수인에 대하여 직접 채권을 취득케 할 의사가 있는지 여부에 달려 있다 할 것이고, 구체적으로는 계약 체결의 동기, 경위 및 목적, 계약에 있어서의 당사자의 지위, 당사자 사이 및 당사자와 제3자 사이의 이해관계, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 의사를 해석하여야 하는 것인데(대법원 1997. 10. 24. 선고, 97다28698 판결 참조), 인수의 대상으로 된 채무의 책임을 구성하는 권리관계도 함께 양도된 경우이거나 채무인수인이 그 채무부담에 상응하는 대가를 얻을 때에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 이행인수가 아닌 병존적 채무인수로 보아야 할 것이다.”(대법원 2008. 3. 13. 선고, 2007다54627 판결 참조)라고 법리를 설시하였다(대법원 2010. 5. 13. 선고, 2009다105222 판결). 대법원은 임대아파트 매수인이 매도인과 체결한 약정에 따라 매도인으로부터 ‘임대아파트 각 세대에 대한 임대차보증금 반환채무’와 ‘은행에 대한 대출금 채무’를 인수하는 대신 매매대금에서 그 금액을 공제한 나머지 금원만을 매도인에게 지급한 뒤 임대아파트 각 세대의 소유권을 이전받아 매도인의 임대사업자 지위를 승계한 사안에서, 매수인이 위 대출금 채무를 인수한 것은 이행인수가 아닌 병존적 채무인수라고 보았다(대법원 2010. 5. 13. 선고, 2009다105222 판결).

61) 김태진, “유한책임신탁에 대한 검토와 신탁법 개정을 위한 시사점”, 중앙법학 제11집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2009, 323쪽.

62) 早坂文高, 앞의 논문, 9쪽.

63) 早坂文高, 위의 논문, 9쪽.

1.2.4 신탁수익권형, 지분형, 분배청구권형

신탁수익권의 성격에 따라 사업신탁을 분류하면, 신탁수익권형, 지분형, 분배청구권형으로 분류할 수 있다. 지분형(주식형)의 경우 수익자는 사업에 대한 비준을 가지고 있게 되고 신탁수익을 지분권자로서 향유하게 된다. 반면 이익분배청구권형은 확정이율의 사채형과 실적배당을 하는 참가이익형 등으로 다시 나눌 수 있다.⁶⁴⁾

2. 사업신탁의 활용형태

2.1 미국의 경우

미국에서 사업신탁은 부동산투자신탁, 증권화를 위한 집단투자스킴의 중핵(中核)으로서 이용되는 경우, 사채관리분야와 같은 전문적인 영역에까지 진출하고 있다.⁶⁵⁾ 그러나 회사법 영역의 경우에는 오랜 역사를 거치면서 다수의 판례가 집적되고 법적 안정성이 어느 정도 확보되어 있지만, 신탁법의 경우에는 사업신탁의 형식으로 회사법상 회사의 아성의 넘기 위해서는 여전히 조직법적인 신뢰를 얻기에는 부족한 것이 현재의 상황이라고 한다.⁶⁶⁾

2.2 신탁사채

우리나라는 유한책임신탁에 한하여 신탁사채를 발행할 수 있도록 하고 있다.⁶⁷⁾ 수탁

64) 早坂文高, 위의 논문, 9-10쪽.

65) 神作裕之, “事業信託としての自己信託の可能性”, 事業信託の展望, トラスト60 研究叢書, 公益財団法人トラスト, 2011, 50쪽.

66) 神作裕之, 위의 논문, 51쪽.

67) 신탁법 제87조(신탁사채) ① 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우 신탁행위로 수탁자가 신탁을 위하여 사채(社債)를 발행할 수 있도록 정할 수 있다.

1. 수익증권발행신탁일 것

2. 제114조 제1항에 따른 유한책임신탁일 것

3. 수탁자가 「상법」상 주식회사나 그 밖의 법률에 따라 사채를 발행할 수 있는 자일 것

② 제1항에 따라 사채를 발행하는 수탁자는 사채청약서, 채권(債券) 및 사채원부에 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 해당 사채가 신탁을 위하여 발행되는 것이라는 뜻

2. 제1호의 신탁을 특정하는 데에 필요한 사항

3. 해당 사채에 대하여는 신탁재산만으로 이행책임을 진다는 뜻

자가 해당 신탁에 관하여 발생한 신탁채무에 대하여 수탁자의 지위에서 신탁재산만으로 변제책임을 부담할 뿐, 개인의 고유재산으로는 변제할 책임을 부담하지 않는 유한책임 신탁은 일본에서 한정책임신탁으로 불리고 있다.⁶⁸⁾ 한정책임신탁은 수탁자가 자기 이외의 자의 이익을 위해서 신탁재산을 관리하고 처분하는 지위에 있다는 점에서 신탁사무의 처리로 발생하는 채무의 책임재산을 신탁재산으로 한정하는 특약의 합리성을 찾을 수 있으며, 이를 통해서 수탁자의 전문적인 능력 내지 시장이나 기술동향을 신속하게 판단하는 능력이 요구되는 사업이나 자산유통화에 활용될 수 있다.⁶⁹⁾

이와 비교하여 일본의 경우 신탁법 개정 과정에서 법제심의회 신탁법부회에서 신탁사채의 도입 논의를 하였으나, 신탁사채에 대하여 아무런 규정을 하지 않은 신탁법 개정안이 통과되었기 때문에 그 이후 회사법 시행규칙을 개정하여 신탁사채를 도입하였다. 따라서 신탁사채의 발행 근거가 회사법 시행규칙 제2조 제3항, 제99조 제2항 및 제165조 제11호에 규정되어 있다. 일본 회사법 시행규칙 제2조 제3항 제17호는 신탁사채를 “신탁의 수탁자가 발행하는 사채로서 신탁재산을 위하여 발행하는 것”으로 정의하고 있다. 일본 회사법 시행규칙에 따른 신탁사채에 대해서는 신탁재산만으로 책임을 지는 한정책임신탁을 그 발행요건으로 규정하지 않음으로써 일본의 신탁은 한정책임신탁형 신탁사채 이외에도 고유재산으로 책임을 지는 신탁사채의 발행이 가능하다. 일본에서는 야촌신탁은행주식회사(野村信託銀行株式会社)의 경우가 대표적인 사례로 제시되고 있다.⁷⁰⁾ 일본에서의 전개를 살펴보고, 우리나라에서도 현행과 같이 유한책임신탁에 한하여 신탁사채를 발행할 수 있도록 하는 제도를 변경할 필요성이 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

③ 사채 총액 한도에 관하여는 대통령령으로 정한다.

④ 제1항에 따른 사채의 발행에 관하여 이 법에서 달리 정하지 아니하는 사항에 대하여는 「상법」 제396조 및 제3편 제4장 제8절(「상법」 제469조는 제외한다.)을 준용한다.

68) 신탁법 제114조(유한책임신탁의 설정) ① 신탁행위로 수탁자가 신탁재산에 속하는 채무에 대하여 신탁재산만으로 책임지는 신탁(이하 “유한책임신탁”이라 한다.)을 설정할 수 있다. 이 경우 제126조에 따라 유한책임신탁의 등기를 하여야 그 효력이 발생한다.

69) 최수정, 앞의 책, 210쪽.

70) 신탁사채 발행 사례로 야촌신탁은행주식회사(野村信託銀行株式会社)의 사례에 대해서는 藤瀬裕司, 信託社債, 法律時報 제81권 제11호(통권 1014호) 참조.

2.3 자기신탁형 사업신탁

2.3.1 자기신탁

자기신탁은 신탁선언에 의해서 신탁을 설정하는 것이다. 수탁자가 자신을 위탁자로 하여 신탁선언에 의해서 신탁을 설정하는 이런 행위를 허용하면, 신탁이 가지는 기능을 활용하여, 강제집행면탈목적으로 남용할 우려가 있다. 신탁법은 제1항 제3호에서 신탁선언에 의한 신탁을 허용함으로써 자기신탁을 도입하였다.⁷¹⁾ 자기신탁이 강제집행면탈 목적으로 남용될 우려 등 부정적인 면이 있음에도 불구하고 신탁법에 도입된 것은 이미 자산유동화에 관한 법률 제16조 제2항에 의해서 입법례가 있다는 점을 고려하고,⁷²⁾ 일본이나 미국 등 다수의 국가에 도입되어 있다는 점⁷³⁾과 신탁선언이 인정되면 특수목적회사를 설립하거나 채권자를 변경할 필요가 없이 기업이 스스로 수탁자가 되어 보유 중인 채권 등의 자산을 신탁재산으로 삼아 이를 유동화하여 자금을 조달할 수 있어 기업의 부담이 경감되고, 수탁자에게 지급해야 하는 수수료 등 비용을 절감할 수 있어 자산유동화가 용이하다는 점,⁷⁴⁾ 채권유동화에 활용하는 경우 금융기관이 대출채권에 대하여 자기신탁을 설정하여 유동화를 하면 채권자의 변경에 대한 통지를 행할 필요가 없기 때문에 채권자 변경이라는 채무자의 저항감이 없기 때문에 금융기관 보유 채권의 유동화에 유리하고, 사업자산을 이용한 자금조달의 경우, 회사의 특정 사업부문에 대하여 자기신탁을 설정하고 그 수익증권의 매각을 통하여 자금을 조달하면 회사는 영업양도 또는

71) 종래 개정 전 신탁법에 의해서도 자기신탁이 가능하다는 견해도 있었으나 통설은 부정설이었다(법무부, 앞의 책, 30쪽).

72) 제16조(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 등 적용의 특례) ① 신탁업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제105조에 따른 신탁자금운용의 제한을 받지 아니한다. <개정 2007. 8. 3>

1. 신탁업자가 자산유동화계획에 따라 유동화자산을 양도받은 경우

2. 자산유동화계획에 따라 유동화자산을 양도 또는 신탁받은 신탁업자가 자산유동화계획에 따라 여유자금을 운용하는 경우

② 신탁업자는 자산유동화계획에 따라 유동화자산을 양도 또는 신탁함에 있어서 「신탁법」 제3조 제1항, 민법 제563조 및 제596조의 규정에 불구하고 자기계약을 할 수 있다. <개정 2000. 1. 21, 2007. 8. 3, 2011. 7. 25.>

③ 신탁업자가 유동화자산을 관리·운용함에 있어서는 「신탁법」 제37조제3항에 불구하고 그 신탁재산이 금전인 경우에도 고유재산 또는 다른 신탁재산에 속하는 금전과 구별하여 관리하여야 한다. <개정 2007. 8. 3., 2011. 7. 25.>

73) 법무부, 위의 책, 31쪽.

74) 법무부, 위의 책, 32쪽.

회사분할 후 주식매각이라는 절차에 소요되는 비용 없이 사업신탁을 통하여 자금조달을 할 수 있다는 점 등이 고려된 것이라고 본다.⁷⁵⁾

2.3.2 자기신탁과 사업신탁의 결합

미국에서도 그렇고, 일본에서도 자기신탁과 사업신탁의 결합은 중요한 테마이다. 자기신탁형 사업신탁은 위탁자가 수탁자이기 때문에, 타자신탁형 사업신탁에 있어서와 같이 신탁설정 이후 위탁자로서의 신탁사무의 위탁이라는 복잡한 방법을 사용할 필요 없이, 별도의 법인을 설립할 필요 없이 위탁자가 수탁자를 겸하면서 종래의 사업을 계속 하면서 신탁사무를 수행한다는 점이 가장 중요한 유용성이다.⁷⁶⁾ 미국의 경우를 보면, 자기신탁이 사업목적의 신탁에서 자주 이용되는데, 사업신탁은 신탁선언에 의하여 신탁이 설정된 후 수익자를 모집하는 방식으로 많이 설정된다.⁷⁷⁾ 그리고 델라웨어 주를 비롯한 다수의 주(州)법은 사업신탁의 경우 신탁선언을 하도록 함으로써 신탁 자체는 사업을 기획하고 수행하는 위탁자 겸 수탁자가 신탁선언에 의하여 미리 성립시키도록 하고 있다.⁷⁸⁾ 신탁선언을 사전에 하도록 함으로써 마치 회사를 설립하는 것과 유사한 방식을 취할 수 있게 된다. 수익자로부터 재산 이전이 있기 전에 신탁을 먼저 성립시켜 신탁사업의 내용, 수탁자 및 수익자의 권리의무에 관한 신탁사항을 사전에 확정하고, 이후에 신탁재산으로 투자자인 수익자에 의하여 투자된 자금이 투입되어 사업신탁도 자익신탁으로서의 실질을 가지게 된다.⁷⁹⁾

그런데 사업신탁에서 자기신탁이 활용되려면, 업으로의 신탁에 대한 규제를 같이 보아야 한다. 그러므로 우리의 경우에는 자본시장법에 의한 신탁업규제가, 일본의 경우에는 신탁업법에 의한 규제가 같이 고려되어야 한다.⁸⁰⁾ 일본 구신탁업법은 신탁업을

75) 寺本昌廣, “逐条解説 新しい信託法”, 商事法務, 2007, 44-45쪽.

76) 早坂文高, “事業信託について”, 事業信託の展望, トラスト60 研究叢書, 公益財団法人トラスト, 2011, 22쪽.

77) 神作裕之, 앞의 논문, 47쪽.

78) 위의 각주와 동일쪽

79) 위의 각주와 동일쪽.

80) 예를 들어 일본 신탁업법 제50조의2 및 동 시행령 제15조의2는 해당 신탁의 수익권을 50명 이상의 자가 취득할 수 있는 경우로서 정령에서 정하는 자기신탁의 경우 자기신탁을 설정하려는 자는 내각총리대신의 등록을 받아야 한다고 규정함으로써 일종의 ‘공모형 자기신탁’을 신탁업법의 규제대상으로 일정 부분 포섭하고 있다. 그런데 자기신탁형 사업신탁에 대하여 예외를 두지 않고 있기 때문에 자기신탁형 사업신탁의 경우에도 수익자가 50명 이상을 예정하고 있으면 등록 의무가 발생한다. 신탁업법 제50조의2는 당해신탁의 수익자를 다수의 자가 취득할 수 있도록 하는 경우라고 규정하면서 그 구체적인 내용을 정령에

‘신탁의 인수를 행하는 영업’으로 정의하고, 라이선스 없이 신탁업을 하는 것을 금지하였다. 그런데 문제는 자기신탁이라는 개념이 들어오면, 신탁선언에 의하여 자신이 스스로 사업을 할 목적으로 신탁을 설정할 수 있게 되므로 전통적으로 신탁을 업으로 취급하였던 신탁은행 또는 신탁회사 이외의 일반적인 사업법인이 신탁의 수탁자로서 진입할 수 있다. 이 경우를 어떻게 처리할 것인가에 대해서 일본 신탁업법은 일종의 ‘공모형 자기신탁’을 신탁업법의 규제대상으로 일정 부분 포섭하고 있다.⁸¹⁾ 일본 신탁업법에 의한 신탁회사와 달리 자기신탁회사의 등록 요부를 영업개념이 아닌 인원수에 의한 규율을 하는 이유는, 자기신탁은 자사가 보유하고 있는 채권 또는 자사의 사업부문 일부를 유동화하여 자금조달하고자 하는 목적 또는 부모가 자를 위하여 자신의 재산 일부를 관리하고자 하는 목적으로 하여 설정될 가능성이 높는데, 1회에 한하여 자기신탁을 설정하는 경우에도 다수의 수익자가 생길 수 있는 경우 또는 반복·계속하여 자기신탁을 행하는 경우에는 신탁업법상 수익자 보호의 필요성이 있기 때문이다.⁸²⁾ 그리고 일반적인 신탁과 달리 자기신탁은 일반의 사업회사가 자사의 재산을 신탁하는 것을 예정하고 있어 자기신탁을 행하는 업자의 신뢰성을 확보하기 위하여 내각총리대신에게 등록요건을 갖추어 등록하도록 하였다.⁸³⁾

의하여 정하는 인원수 이상으로 규정한다(第五十条の二 信託法第三条第三号に掲げる方法によって信託をしようとする者は、当該信託の受益権を多数の者(政令で定める人数以上の者をいう。第十項において同じ。)が取得することができる場合として政令で定める場合には、内閣総理大臣の登録を受けなければならない。ただし、当該信託の受益者の保護のため支障を生ずることがないと認められる場合として政令で定める場合は、この限りでない。). 이에 따라 정령(政令)을 보면, 1회의 자기신탁에 있어서 수익자가 50인 이상인 경우를 제1항에서 규정하면서, 2항에서 1항에서 규정한 50인의 계산에 있어 소위 투자기구를 개제시켜 실질적인 수익자가 50인 이상이 존재하는 경우, 신탁목적에 비추어 동종내용의 자기신탁을 반복하고 그 수익자 합계가 50인 이상인 경우 및 다수의 수익권을 발행하는 것에 의하여 다수의 자가 해당 수익권을 취득할 가능성이 있는 경우(수익권의 권면수가 50개 이상인 경우, 동종내용 신탁의 수익권의 개수 합계가 50개 이상인 경우 및 수익권의 분할금지 약정이 없는 경우)를 포함한다(일본 신탁업법 시행령 제15조의2 제2항 제4호)

81) 타자신탁형 사업신탁은 영리목적으로 설정된다는 점에서 상사신탁으로 분류하고 그 수탁자가 자본시장법상 신탁업 인가를 얻도록 하는 것은 당연하다고 볼 수 있다. 그런데 기업이 자금조달을 목적으로 자기신탁형 사업신탁을 설정할 경우에는 영리목적성을 찾기 힘들기 때문에 상사신탁으로 분류하여 신탁업 인가를 얻도록 하는 것보다는 민사신탁으로 보아 신탁업 인가 없이 자기신탁형 사업신탁을 설정하도록 하는 것이 타당하다는 논의가 이론적으로 있을 수 있으나, 현행법으로는 자본시장법의 적용을 함에 있어 이런 논의가 해석론으로 바로 도입되기는 어렵다고 본다. 그래서 시장에서의 불안을 해소하기 위하여 자기신탁을 활용한 수익증권발행신탁의 경우에도 자본시장법 개정이 필요하다는 주장을 한 바 있다. 류혁신/최승재, “개정 신탁법상 자기신탁 및 수익증권발행제도를 활용한 유동화 금융투자상품 설계에 대한 연구”, 증권법연구제 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013. 참조.

82) 小出卓哉, 逐条解説 信託業法, 清文社, 2008, 245쪽.

일본에서의 논의에서 보듯이 자기신탁을 이용한 사업신탁에 있어서 가장 문제가 되는 것이 업법에 의한 규제이다. 자본시장법에 의한 신탁업 규제의 문제는 자기신탁을 이용한 사업신탁에 있어서 선결적으로 논의되어야 할 과제라고 본다.⁸⁴⁾

2.3.3 STAC(Structured Trust Acquisition Companies)

우리나라 자본시장법은 2010년 기업인수합병을 위한 상장도구로 다른 법인과 합병하는 것을 유일한 사업목적으로 하고 모집을 통하여 주권을 발행하는 법인인 기업인수목적회사(SPAC, Special Purpose Acquisition Company)를 도입했다.⁸⁵⁾ 기업인수목적회사를 통한 합병 상장은 합병대상 비상장회사에는 기존 상장절차에 비해 자금 조달이 신속하

83) 일본 신탁업법 제50조의2 제6항은 회사법상의 회사일 것, 자본금 또는 순자산이 3,000만 엔 이상일 것, 자기신탁에 관한 사무를 적정하게 수행하기 위해 충분한 정관 등 규정을 가지고 정확하게 수행할 수 있는 지식과 경험을 가진 것으로 인정되는 인원구성일 것, 자기신탁을 행하는 회사가 관리형신탁의 등록의 갱신의 거부를 받거나 신탁법 등의 규정을 위반하여 벌금형을 받은 사실이 없을 것, 자기신탁을 행하는 회사의 임원 중 성년후견인, 파산자에서 복권을 받지 아니한 것에 해당하지 아니할 것, 겸업으로 공익에 반하는 것을 인정되거나 업무가 신탁에 관한 사무를 적정·확실하게 행하는 데 지장을 주지 아니할 것 등을 등록요건으로 하고 있다.

84) 류혁선/최승재, “개정 신탁법상 자기신탁 및 수익증권발행제도를 활용한 유동화 금융투자상품 설계에 대한 연구”, 증권법연구제 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013.에서는 자기신탁을 이용한 수익증권발행과 관련하여 문제가 될 수 있는 여러 가지 자본시장법 규정들과 문제점을 언급하고 있다. 신탁법 개정에도 불구하고 신탁업과 관련된 자본시장법의 규율의 개정이 이루어지지 않아 발생하는 공백은 결코 바람직하다고 볼 수 없을 것이다.

85) 자본시장법 시행령 제6조 제4항 제14호는 기업인수목적회사에 대해서 다음과 같이 규정하고 있다.
14. 다른 법인과 합병하는 것을 유일한 사업목적으로 하고 모집을 통하여 주권을 발행하는 법인(이하 “기업인수목적회사”라 한다)이 다음 각 목의 요건을 모두 갖추어 그 사업목적에 속하는 행위를 하는 경우

가. 주권(최초 모집 이전에 발행된 주권은 제외한다.)의 발행을 통하여 모은 금전의 100분의 90 이상으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 금액 이상을 주금납입일의 다음 영업일까지 법 제324조제1항에 따라 인가를 받은 자(이하 “증권금융회사”라 한다.) 등 금융위원회가 정하여 고시하는 기관에 예치 또는 신탁할 것
나. 가목에 따라 예치 또는 신탁한 금전을 다른 법인과의 합병등기가 완료되기 전에 인출하거나 담보로 제공하지 않을 것. 다만, 기업인수목적회사의 운영을 위하여 불가피한 경우로서 법 제165조의5에 따른 주식매수청구권의 행사로 주식을 매수하기 위한 경우 등 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 인출할 수 있다.

다. 발기인 중 1인 이상은 금융위원회가 정하여 고시하는 규모 이상의 지분증권(집합투자증권은 제외한다.) 투자매매업자일 것

라. 임원이 법 제24조에 적합할 것

마. 최초로 모집한 주권의 주금납입일부터 90일 이내에 그 주권을 증권시장에 상장할 것

바. 최초로 모집한 주권의 주금납입일부터 36개월 이내에 다른 법인과의 합병등기를 완료할 것

사. 그 밖에 투자자 보호를 위한 것으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 기준을 갖출 것

고, 지정감사인의 감사도 면제돼 있어 자금조달이 용이하다는 장점을 갖고 있다. 초기의 기대에 비해서는 성공이라고 평가하기는 다소 이르다.⁸⁶⁾ 우회상장 목적으로 사용될 수 있다는 점 외에 기업인수목적회사는 첫째, 세제 혜택 면에서 상장 후 주식매매에 따른 양도소득세 비과세를 적용받지만, 해산에 따른 원리금이나 차익에 따른 배당소득은 소득세가 발생하며 이자소득세와 동일하게 적용된다는 점, 둘째, 안정성과 수익성 면에서 공모자금 중 예치된 자금(100%)과 예치이자는 공모 주주에게 모두 배분돼 해산 시에도 원리금 및 이자소득이 기대된다는 점, 셋째, 유동성 측면에서 상장 후에 장내 매매를 통해서 언제든지 자금화 할 수 있고 만약 합병을 반대할 때는 주식매수청구권을 행사해 투자자금 반환이 가능하다는 점 등이 장점으로 지적된다.⁸⁷⁾

사업신탁으로 이러한 기업인수목적회사의 기능을 수행하도록 하는 것이 STAC (Structured Trust Acquisition Companies)이다. 주로 다른 회사의 지분에 투자하는 지분투자펀드의 한 형태로 신탁을 설정하고 신탁의 수익증권을 대중에게 판매하는 구조를 만들기 위해서 사업신탁을 활용하는 것이다. 미국의 경우 투자를 하는 LLC(Limited Liability Corporation) 등의 투자대상의 지분을 사업신탁이 우선적으로 보유하기 위한 신탁을 먼저 성립시키고, 신탁의 수익권을 공중에 판매하는 방식을 취한다(二重構造)⁸⁸⁾. 기업인수목적회사가 기업을 인수·합병하는 상장도구로서의 회사형태를 취하고 있는 반면 STAC은 신탁형태를 취하여 기업인수목적회사를 복제하는 것으로 이해할 수 있다. 또 사업신탁 자체를 상장하는 것도 생각하여 볼 수 있다.

86) “앞서 2010년도 나온 초 제1호 스펙은 세법(스펙 상장 후 1년 이내에 합병 시 비상장 대주주에게 양도세 과세함)상은 물론 자산평가방식에 있어서 합병 비상장 대주주에게 불리하게 인식되는 등 스펙 활성화에 어려움이 많았던 건 사실이다. 이 같은 상황에서 연이은 스펙 제2호의 코스닥 상장은 눈길을 끈다. 거래소는 제2호 스펙 상장 추진이 코스닥에 상장된 제1호 스펙(총 19개사)의 존립기간 만료 이후 이뤄지는 것이어서 합병 가치 산정이 자율화되는 등 제도 개선과 업계의 기업 발굴 노력이 맞물려 스펙 제도가 성공적으로 안착했다고 평가하고 있다. 또 제2호 스펙은 세법 완화 적용 및 합병가치 산정 자율화 등의 제도 개선과 함께 규모를 줄인 게 특징이어서 스펙 참여자들의 적극적인 호응을 받고 있다.”(머니투데이, 2014. 1. 21. 일자 기사 참조).

87) <<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2014012107375363768&outlink=1>>. 기업인수목적회사에 대한 상제는 신영수, “기업인수목적회사(SPAC)의 설립, 상장 및 운영 관련 실무상 제 문제”, 연세대학교 법학연구 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010. 6, 69-104쪽; 김범준, “자본시장법상 기업인수목적회사(SPAC)제도의 도입과 법적 과제”, 기업법연구 제24권 제2호(통권 제41호), 기업법학회, 2010. 6, 119-148쪽; 오영표, “기업인수목적회사(SPAC)에 대한 법적 고찰 : 코스닥시장상장 SPAC을 중심으로”, 은행법연구 3권 1호, 은행법학회, 2005, 127-164쪽 참조.

88) 神作裕之, 앞의 논문, 50쪽.

3. 사업신탁과 신탁사무의 처리

3.1 개관

수탁자는 신탁사무처리업무, 선관주의의무, 충실의무, 공평의무, 신탁재산관리업무, 신탁재산의 운용 및 투자업무, 자기집행의무, 신탁서류 및 정보와 관련된 의무 등의 일련의 의무를 부담하고 있다. 그런데 사업신탁은 미국의 “표준신탁법인법”에서 보는 것과 같이 사업신탁의 수탁자를 기업경영자로서 파악하고 통상적인 신탁법상의 신탁에서 수탁자의 경우와 행동원칙, 주의의무 및 신인의무의 설정 등에서 달리 취급할 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 사업신탁은 수익자가 다수 존재하는 경우 소유와 경영의 분리라는 회사법상의 기업활동과 같은 집단적 법률관계의 처리가 필요하기 때문이다.⁸⁹⁾

3.2 미국의 경우

미국의 표준신탁법인법은 사업신탁의 수탁자를 일반신탁에서의 수탁자의 경우보다는 회사법상의 이사 주의의무 등과 유사하게 개정하였다. 미국의 표준신탁법인법은 이러한 개정에 따라 이 법에 의한 사업신탁의 수탁자는 전원일치가 아니라 다수결에 의하여 신탁사업에 대하여 의사결정을 할 수 있고, 신탁증서에 명시된 사항 이외에는 일반적인 경영 권능을 부여받게 되었다. 그리고 수탁사무를 처리함에 있어서의 주의의무도 신중한 투자자(prudent investor) 기준이 아닌, 회사의 이사와 같이 합리적인 경영활동 및 투자의사결정에 따른 경영활동의 결과에 대해서 그 적법성을 추정되어야 한다는 경영판단의 원칙(business judgement rule)의 적용을 받게 되었다(법 제505조).⁹⁰⁾

89) 일본 신탁법의 대가인 能見 孝수는 단체법적인 처리방식에 대해서 신탁모델, 재산처분모델, 계약모델, 제도모델 등의 분류를 하고 있는바, 사업신탁이 특히 자기신탁과 결합하면 이는 “신탁=제도모델”을 포함하는 것으로 복합적인 성격을 가지게 된다고 한다(神作裕之, 위의 논문, 47쪽).

90) STANDARDS OF CONDUCT FOR TRUSTEES. (a) Subject to Section 403, in exercising the powers of trusteeship, a trustee shall act in good faith and in a manner the trustee reasonably believes to be in the best interests of the statutory trust. (b) A trustee shall discharge its duties with the care that a person in a similar position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

나아가 제정법상 사업신탁은 보통법신탁의 원칙인 자기집행의무를 완화하여 수탁자가 신탁재산 또는 신탁사업의 운용을 제3의 전문가(이하 “수임자”이라 한다.)에게 위임할 수 있도록 규정하였다(법 §511). 제정법상 사업신탁에서 수임자는 위임계약의 취지에 따라 합리적인 주의의무를 다하여야 할 의무를 직접

텔라웨어 주 신탁법은 사업신탁의 규율을 조직의 통치문서인 규율증서(governing instrument)에 근거하여 자율적으로 정하게 하면서도, 이를 통하여 신탁이 수탁자로부터 독립된 법주체성을 가지게 하였다. 나아가 수탁자의 충실의무(duty of loyalty) 및 자기집행의무(duty not to delegate)의 감축도 가능하게 되었다.⁹¹⁾ 신탁에 법주체성을 인정한 것은 수탁자의 지위가 신탁재산에 대한 본인(principal)에서 신탁재산의 대리인(agent)으로 바뀌게 되었고, 그 결과 텔라웨어 주 신탁법에 의한 사업신탁에서의 수탁자는 자신의 정당한 권한의 범위 내에서 직무를 수행하는 한 신탁채무에 대하여 개인적인 책임을 부담하지 않게 되었다(인적책임의 배제).⁹²⁾

이에서 더 나아가 미국의 표준신탁법인법은 사업신탁에 강력한 재산분리(asset partitioning)를 규정하고, 출자자에게 조직에 대한 지배구조나 사업이익의 분배, 나아가 신인의무의 부담을 포함한 조직설계에 관한 모든 사항을 자유롭게 결정할 수 있도록 하였다.⁹³⁾

3.3 검토

사업신탁의 경우, 수탁자의 의무가 주식회사의 이사의 그것과 같은 것인지, 신탁법상의 수탁자의 각종 의무들은 어떻게 수정되어야 하는 것인지 이런 점들이 명확하지 않고 본다. 유한책임신탁 외에 사업신탁의 경우에 이런 수정이 어떻게 이루어져야 하는지에 대해서도 법상에 규정이 없다. 유한책임신탁에 한정하여 보아도 제118조가 수탁자의 제3자에 대한 책임을 규정하고, 일정한 경우 연대책임을 부담시키고 있고, 제119조는

제정법상 사업신탁에 대하여 부담한다(법 §511(c)). 그리고 수탁자가 제3자에게 신탁사무를 위임할 당시 제3자의 선택, 위임의 범위 및 조건의 설정, 수임자의 신탁사무 운용에 대한 주기적인 감시(monitors)를 함에 있어서 ‘유사한 상황에 있는 사람이 합리적으로 생각할 때 타당하다고 할 수 있는 정도의 주의의무(the care a person in a similar position would reasonably believe appropriate under similar circumstances)’를 다하였으면 수임자의 행위나 부작위(an act or omission)에 대하여 수익자에게 책임을 부담하지 않는다(법 §511(d))

91) 工藤聡一, 앞의 책, 149쪽.

92) 과거 사업신탁에 있어서 수탁자가 신탁채무를 일단 부담하고 손실보전청구권을 가지고 이를 신탁재산에 이전한다는 법적 구성은 신탁 자체를 법주체로 인정하는 경우에는 불필요하고, 신탁증서에 수탁자의 면책을 선언하고 동시에 거래조항에 면책특약을 삽입함으로써 수탁자책임을 회피하는 방법도 불필요하게 되었다(工藤聡一, 위의 책, 159-160쪽).

93) 이런 점을 들어 사업신탁을 기업조직형태 진화의 최종단계라고 보는 견해로 Henry Hansmann Reinier Kraakman, “Richard Squire, Law and the Rise of the Firm”, 119 *Harvard Law Review* 139.

고유재산에 대한 강제집행을 제한하고 있다. 그러면 수탁자의 수탁사무의 집행은 경영판단의 법칙⁹⁴⁾이 적용되는지 여부와 같은 질문에 대한 답은 무엇일까. 나아가 이런 상황에서 실무에서 회사법리가 아닌 신탁법리를 활용하여 사업신탁을 활용하다면 그 이유는 무엇일까. 여러 가지 질문들이 제기될 수 있고, 검토되어야 한다고 본다.

IV. 결 론

필자는 대한변호사협회에 대한 신탁법 개정의견을 작성하면서, 유한책임신탁제도 도입에 대해서 유한책임신탁제도를 이용하지 않고 개별 약정에 의한 책임재산한정특약을 이용함으로써 동일한 효과를 낼 수 있다거나, 유한책임신탁의 도입을 통하여 달성하려는 목적은 회사제도를 정비하는 방식으로 달성하는 것이 바람직하다는 등의 이유를 들어 반대의견을 쓴 바 있다.⁹⁵⁾ 그러나 일단 유한책임신탁제도가 도입되었고, 사업신탁 방향으로의 전개의 초석이 놓인 것이라고 본다면 신탁제도가 회사제도의 미비점을 보완

94) 경영판단의 법칙은 법원은 계속 인정하는 판시를 하고 있지만, 도입이 필요하다는 논문이 계속 발표된다. 많은 논문이 있지만, 2013년 논문만 봐도 여러 개가 있다. 문화경, “우리나라 판례에 나타난 경영판단 원칙과 상법상 경영판단 원칙 도입의 필요성”, 동아대학교 출판부, 2013; 박미숙, “경영상 판단 논의와 시사점”, 한국형사정책연구원, 2013; 이원석, “경영판단의 원칙에 대한 이해, 그리고 우리법예의 수용가능성”, 수원지방법원, 2013. 대법원이 제시한 관계회사에 대한 자금지원으로 회사에 손해를 입힌 이사의 행위에 대하여 경영판단의 원칙을 적용하기 위한 요건으로 “회사의 이사가 법령에 위반됨이 없이 관계회사에게 자금을 대여하거나 관계회사의 유상증자에 참여하여 그 발행 신주를 인수함에 있어서, 관계회사의 회사 영업에 대한 기여도, 관계회사의 회생에 필요한 적정 지원자금의 액수 및 관계회사의 지원이 회사에 미치는 재정적 부담의 정도, 관계회사를 지원할 경우와 지원하지 아니할 경우 관계회사의 회생가능성 내지 도산가능성과 그로 인하여 회사에 미칠 것으로 예상되는 이익 및 불이익의 정도 등에 관하여 합리적으로 이용 가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이어서 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 그러나 회사의 이사가 이러한 과정을 거쳐 이사회 결의를 통하여 자금지원을 의결한 것이 아니라, 단순히 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사의 부도 등을 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다(대법원 2007. 10. 11. 선고, 2006다33333 판결 등 참조)(대법원 2010. 1. 14. 선고, 2007다35787 판결).

95) 이에 대해서는 법무부, 신탁법해설, 824쪽 각주 605) 참조.

하면서 미국 표준신탁법인법상 사업신탁과 같이 전개될 가능성을 열어 두는 것이 창의적인 국가경제의 발전이라는 점에서 긍정적으로 작용하도록 제도를 연구하고 활용할 필요가 있다고 본다.

미국에서 사업신탁과 주식회사는 서로 경쟁적으로 서로를 모방하면서, 상당 부분 수렴하고 있다. 사업신탁은 다양하게 존재하던 각 주법에 의한 신탁제도를 통일적으로 규율함으로써 사업신탁을 표준화하고 있고, 회사법은 강행규정을 줄이고, 임의규정을 늘림으로써 기업의 자율을 증대시키고 있다. 이러한 사업신탁과 주식회사의 발전방향은 궁극적으로 사업신탁과 주식회사에 대한 규율이 계약에 의존하는 방향으로 발전하고 있는 것이다.⁹⁶⁾ 원래 복수의 당사자가 동일한 경제적인 의미를 가지는 현상을 복수의 계약을 연결하는 방식으로도 달성할 수 있다.⁹⁷⁾ 그런 점에서 주식회사와 사업신탁이 계약에 비중을 두는 것은 일응 진화의 적절한 방향이라고 볼 수 있다. 그러나 양자의 수렴은 다른 면에서 양자의 법리의 통합과 관련된 과제를 줄 것으로 본다. 특히 사업신탁에서 적극적인 사업신탁의 경우, 예를 들어 제조업체가 회사의 형식이 아닌 사업신탁의 방식을 취하는 경우 이미 잘 정립된 회사법리 대신 왜 신탁으로 가야하는지에 대한 문제와 소극적인 사업신탁(주로 투자기구로서의 사업신탁의 경우)에서는 이러한 사업신탁이 회사법과 유사한 접근을 하는 것이 타당한지에 대한 의문이 있을 수 있다.

우리는 미국보다 일본 신탁법의 영향을 받고 있고, 일본법은 본질적으로 신탁법을 규제법으로 보던 전통을 이어받은 법이라는 점에서 사업신탁이 크게 활성화되지 않아 신탁법상 사업신탁의 활성화는 궁극적으로 회사제도와와의 경합을 가지고 올 수 있다는 미국에서의 논의가 크게 문제가 되지 않을 수 있다. 그러나 기업의 자율성의 제고가 이를 통한 다양한 기업형식의 창의적인 구현을 위해서 사업신탁이 활성화될 수 있도록 하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 사업신탁과 관련된 법적 불명확성을 해소하는 것이 필요하다. 결국 사업신탁의 전개는 앞으로의 관련 전문가들의 노력에 달려 있는 면이 크다고 본다.

96) Henry Hansmann/Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law", 73 *N.Y.U. L. Rev.*, Vol. 434, 479, 1998.

97) Henry Hansmann/Reinier Kraakman, op. cit., p.391.

참고문헌

1. 단행본

- 문화경, 우리나라 판례에 나타난 경영판단 원칙과 상법상 경영판단 원칙 도입의 필요성, 동아대학교 출판부, 2013.
- 박미숙, 경영상 판단 논의와 시사점, 한국형사정책연구원, 2013.
- 법무부, 신탁법해설, 법무부, 2012.
- 이원석, 경영판단의 원칙에 대한 이해, 그리고 우리법에의 수용가능성, 수원지방법원, 2013.
- 최수정, 일본 신탁법, 진원사, 2007.
- 工藤聡一, ビジネス・トラスト法の研究, 新山社, 2007.
- 大塚正民/樋口範雄, 명순구/오영걸 옮김, 현대미국신탁법, 세창출판사, 2005.
- 寺本昌廣, 逐条解説 新しい信託法, 商事法務, 2007.
- 小出卓哉, 逐条解説 信託業法, 清文社, 2008.
- 新井誠, 안성포 옮김, 신탁법, 전남대학교출판부, 2011.
- 田中和明, 新信託法と信託實務, 清文社, 2007.

2. 학술지

- 김범준, “자본시장법상 기업인수목적회사(SPAC)제도의 도입과 법적 과제”, 기업법연구 제24권 제2호(통권 제41호), 기업법학회, 2010. 6, 119-148쪽.
- 김태진 “기업형태로서의 신탁-사업신탁, 수익증권발행신탁 및 유한책임신탁을 중심으로”, 전남대학교 법학연구소 법학논총 제31집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 119-151쪽.
- 김태진, “유한책임신탁에 대한 검토와 신탁법 개정을 위한 시사점”, 중앙법학 제11집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2009, 297-328쪽.
- 류혁선/최승재, “개정 신탁법상 자기신탁 및 수익증권발행제도를 활용한 유동화 금융투자상품 설계에 대한 연구”, 증권법연구 제14권 제2호, 증권법학회, 2013, 459-499쪽.
- 신영수, “기업인수목적회사(SPAC)의 설립, 상장 및 운영 관련 실무상 제 문제”, 연세대학교 법학연구 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010. 6, 69-104쪽.

- 안성포, “기업유형으로서 상사신탁의 법적 쟁점”, *상사법연구* 제32권 제2호(통권 제79호), 한국상사법학회, 2013. 8, 181-214쪽.
- 오성근, “사업신탁의 기업조직적 특징과 수익자책임법리”, *기업법연구* 제22권 제1호(통권 제32호), 한국기업법학회, 2008. 3, 419-454쪽.
- 오영표, “기업인수목적회사(SPAC)에 대한 법적 고찰 : 코스닥시장상장 SPAC을 중심으로”, *은행법연구* 3권 1호, 은행법학회, 2005, 127-164쪽.
- 임채웅, “분리신탁의 연구”, *홍익법학* 제8권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2007. 2, 1-20쪽.
- 최성근, “일본의 신탁법제에 관한 비교법적 연구 - 2004년 개정신탁업법 및 2006년 신신탁법을 중심으로”, *청주법학* 제32권 제2호, 청주대학교 법학연구소, 2010. 11.
- 藤瀬裕司, “信託社債”, *法律時報* 제81권 제11호(통권 1014호).
- 神作裕之, “事業信託としての自己信託の可能性”, *事業信託の展望*, *トラスト60 研究叢書*, 公益財団法人トラスト, 2011.
- 神作裕之, “信託法・信託関連法の近時の展開と課題”, *信託* 第242號, (社)信託協會, 2010. 5.
- 早坂文高, “事業信託について”, *事業信託の展望*, *トラスト60 研究叢書*, 公益財団法人トラスト, 2011.
- David M. English, “The Uniform Trust Code(2000): Significant Provisions and Policy Issues”, *Missouri Law Review*, Vol 67, 2002.
- Henry Hansmann/Ugo Mattei, “The Functions of Trust Law”, *73 N.Y.U. L. Rev.*, Vol. 434, 479, 1998.
- Henry Hansmann/Reinier Kraakman, Richard Squire, “Law and the Rise of the Firm”, *119 Harvard Law Review* 1397, 2006.
- Henry Hansmann/Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.*, Vol. 110, 2000.
- John H. Langbein, “The Secret Life of the Trust as an Instrument of Commerce”, *107 Yale L. J.* 165, 1997.
- Robert H. Sitkoff, “Trust as ‘Uncorporation’: A Research Agenda”, *Illinois Law Review*, Vol. No. 1, 2005.
- Tamar Frankel, “The Delaware Business Trust Act Failure as the New Corporate Law”, *Cardozo Law Review*, Vol. 23, 2001.

[Abstract]

Business Trust under the Revised Trust Act of 2012 in Korea

Choi, Sung-Jai*

The Business Trust was newly introduced in the Trust Act of 2012 as a new device to launch a corporation alike vehicle for multi-functional purposes. Limited Liability Trust is specified as a type of the Business Trust but not limited to this sort of Business Trust. At the very beginning this animal was being highlighted but not any more in the field. This phenomenon could be explained in several ways. Firstly trust is not familiar vehicle in doing business comparing to that of Corporation. In Korea Stock Corporation is to be explained more than 90% of the business corporation. For this reason it will take some time to catch up with the business culture in western countries in terms of the forms of business entities especially in using the trust. Secondly the Capital Market and Financial Investment Act("CMFIA") has to be followed in Korean legal scheme, because commercial trust is a part of CMFIA. Without the revision of CMFIA, it is practically impossible to execute any financial product based upon the new Trust Act when it is not aligned to the CMFIA or seemingly having some conflict or vagueness.

In United States, the Uniform Statutory Trust Entity Act and Uniform Business Trust Act and the like has been developed contemplating the historic development of the trust in line with the English heritage as to the Trust. In Japan, Japanese Trust Act of 2006 has reformed the basic paradigm of the trust from the regulatory scheme to a vehicle forming a business friendly entity. Similar approach was that of Korean revision of the Trust Act and due to this reason, some noticeable revision such as self-declaration of trust was included after a fierce discussion as to that sort of items. However, it is not used actively right now. Still Structured Trust Acquisition Company or usage of business trust in order to get a new finance

* Judicial Research Judge/Officer, Attorney at Law, Ph.D at Law Former Lawyer at Law Office Kim & Chang, Adjunct professor of Hanyang University Law School

or restructuring or as such activities necessitating the merit of Insolvency protection, Asset partitioning, Conduit Taxation of the business trust.

[Key Words] Business Trust, Limited Liability Trust, The Uniform Statutory Trust Entity Act, Uniform Business Trust Act, Trust by self-declaration of trust, The Capital Market and Financial Investment Act, Structured Trust Acquisition Company, Insolvency protection, Asset partitioning, Conduit Taxation